

Direction des bibliothèques

AVIS

Ce document a été numérisé par la Division de la gestion des documents et des archives de l'Université de Montréal.

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant conservent la propriété du droit d'auteur et des droits moraux qui protègent ce document. Ni la thèse ou le mémoire, ni des extraits substantiels de ce document, ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans l'autorisation de l'auteur.

Afin de se conformer à la Loi canadienne sur la protection des renseignements personnels, quelques formulaires secondaires, coordonnées ou signatures intégrées au texte ont pu être enlevés de ce document. Bien que cela ait pu affecter la pagination, il n'y a aucun contenu manquant.

NOTICE

This document was digitized by the Records Management & Archives Division of Université de Montréal.

The author of this thesis or dissertation has granted a nonexclusive license allowing Université de Montréal to reproduce and publish the document, in part or in whole, and in any format, solely for noncommercial educational and research purposes.

The author and co-authors if applicable retain copyright ownership and moral rights in this document. Neither the whole thesis or dissertation, nor substantial extracts from it, may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

In compliance with the Canadian Privacy Act some supporting forms, contact information or signatures may have been removed from the document. While this may affect the document page count, it does not represent any loss of content from the document.

Université de Montréal

Liberté et Constitution : la préservation des libertés civiles en situation d'urgence

Par

Louis-François Brodeur

Département de Philosophie

Faculté des Arts et des Sciences

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures et postdoctorales

en vue de l'obtention du grade de M. A.

en Philosophie

septembre, 2008

© Louis-François Brodeur, 2008



Université de Montréal
Faculté des études supérieures et postdoctorales

Ce mémoire intitulé :

Liberté et Constitution :
la préservation des libertés civiles en situation d'urgence

présenté par :
Louis-François Brodeur

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

[information retirée / information withdrawn]

.....
président-rapporteur

Christian Nadeau
directeur de recherche

[information retirée / information withdrawn]

membre du jury

Résumé

Nous évaluons ici la possibilité de préserver les libertés civiles en situation d'urgence à travers l'exemple américain post 11 septembre. Nous proposons d'abord un bref aperçu du concept de constitution pour après définir les situations d'urgence. Nous explorons ensuite la possibilité de protection des libertés civiles par les institutions formelles et informelles encadrant le travail des juges de la Cour suprême. Les institutions formelles ne sont pas suffisantes pour assurer la protection des libertés civiles, il faut donc se tourner vers les institutions informelles.

Une théorie prédominante en situation d'urgence propose l'argument sécuritaire fondé sur la thèse de la balance, laquelle soutient qu'il est nécessaire de réduire les libertés pour assurer notre sécurité. La sécurité requérant une interférence, elle est toujours synonyme de perte de liberté. Face à cela, nous explorons quatre réponses possibles : déontologique, communautarienne, libérale et légaliste. Or, elles ne parviennent pas à offrir un contre-argument à l'argument sécuritaire car elles partagent un concept de liberté déficient.

Nous optons pour la réponse de Philip Pettit, fondée sur le concept de liberté comme non-domination. Celui-ci ne permet pas le sacrifice de la liberté à la sécurité. Il désamorce l'argument sécuritaire et nous permet de proposer les principes du constitutionnalisme pour les appliquer à certaines dérives sécuritaires ayant émergé au lendemain du 11 septembre. Finalement, nous proposons des pistes de réflexion pour une réforme des institutions américaines visant à réduire l'arbitraire des décisions des juges de la Cour suprême.

Abstract

Our project is to evaluate the possibility of protecting civil liberties in times of emergency through the example of the post 9/11 United-states. At first, we propose a brief look at the concept of constitution, then we define time of emergency. We then explore the formal and informal institutions structuring the work of Supreme Court Judges. Formal institutions being insufficient to protect civil liberties, we have to look at informal ones.

A dominant theory in emergency time proposes a security argument based on the balance thesis, which maintains that it is necessary to limit liberties in the name of security. Because security entails interference, it is synonymous of lost liberty. We will then explore four possible answers to this challenge : a deontological, a communitarian, a liberal and a legalist argument. But these answers do not offer a strong response against the security argument because they share a deficient concept of liberty.

We chose to explore a different answer by Philip Pettit, based on an understanding of liberty as non-domination. This interpretation does not allow for the sacrifice of liberty in the name of security. It prohibits the security argument and enables us to propose constitutional principles to evaluate some measures put forward after 9/11. We conclude with some brief thoughts about a possible reform of american institutions with the objective of reducing the arbitrary components of the Supreme Court judge's power.

Table des matières

RÉSUMÉ	2
ABSTRACT	3
INTRODUCTION.....	6
STRUCTURE DE LA QUESTION.....	8
CHAPITRE 1 : CONSTITUTION ET SITUATION D'URGENCE.....	12
LE MOMENT ANGLO-AMÉRICAIN DU CONCEPT DE CONSTITUTION.....	12
SITUATION D'URGENCE	18
CONCLUSION.....	25
CHAPITRE 2 : LES INSTITUTIONS FORMELLES	27
AU FONDEMENT DE LA CONSTITUTION.....	27
LES CONTRAINTES INSTITUTIONNELLES FORMELLES	35
CHAPITRE 3 : LES INSTITUTIONS INFORMELLES, CONSTITUTIONNALISME ET LIBERTÉ	38
INTRODUCTION	38
CONSTITUTION ET LIBERTÉ	39
LIBERTÉ CIVILE ET LIBERTÉ NATURELLE	41
HOBBES : NON-INTERFÉRENCE ET THÈSE DE LA BALANCE.....	42
LA LIBERTÉ COMME NON-INTERFÉRENCE	44
ISAIAH BERLIN : LIBERTÉ POSITIVE ET NÉGATIVE	45
THÉORIES CONSTITUTIONNELLES ET LIBERTÉ	47
POSNER, POSNER ET VERMEULE.....	48
<i>Le pragmatisme de Posner</i>	50
<i>La Constitution vivante</i>	50
<i>La Constitution économique</i>	53
<i>La liberté des citoyens : efficacité dans la promotion du bien-être</i>	55
<i>En situation d'urgence</i>	57
QUATRE RÉPONSES À L'ARGUMENT SÉCURITAIRE.....	61
<i>La réponse déontologique</i>	61
<i>La réponse communautarienne</i>	64
<i>La réponse libérale</i>	66
<i>La réponse legaliste</i>	71
CHAPITRE 4 : CONSTITUTION, SITUATION D'URGENCE ET LIBERTÉ COMME NON-DOMINATION	75
LA LIBERTÉ COMME NON-DOMINATION	76
RECONFIGURATION DU DÉBAT SÉCURITAIRE SELON LA DOMINATION :	82
<i>La non-domination et la thèse de la balance</i>	86
LE CONSTITUTIONNALISME : ÉVALUATION DES MESURES ET DES INSTITUTIONS	91
<i>Démocratie contestative</i>	94
LE RÉPUBLICANISME ET LES JUGES DE LA COUR SUPRÊME	97
STRATÉGIE DE LA LIBERTÉ COMME NON-DOMINATION	100
<i>Stratégie en vue des institutions formelles</i>	101
<i>Stratégie en vue des mesures particulières</i>	103
CONCLUSION :	106
BIBLIOGRAPHIE :	109

« Quand mille peuples féroces auraient massacré leurs prisonniers, quand mille docteurs vendus à la tyrannie auraient excusé ces crimes, qu'importe à la vérité l'erreur des hommes et leur barbarie à la justice? Ne cherchons point ce qu'on a fait mais ce qu'on doit faire et rejetons de viles et mercenaires autorités qui ne tendent qu'à rendre les hommes esclaves, méchants et malheureux. »

Jean-Jacques Rousseau, L'état de guerre

Merci à mes parents, Lucie et Jean,
mes amis, particulièrement
J. D., A. J., A. A., A.C., R. S., D. A., A. L.,
qui m'ont soutenus,
ainsi qu'à mon frère.

Introduction

« quelle que soit l'activité que peut assumer par ailleurs le philosophe politique, il lui appartient de manière évidente d'examiner les langages de la conversation et de la légitimation politique, d'évaluer les divers présupposés sur lesquels ces langages s'appuient, d'explorer jusqu'à quel point ces langages entretiennent des rapports de cohérence les uns avec les autres, ainsi qu'avec les langages propres à d'autres temps et à d'autres lieux, ainsi que de rechercher les termes nouveaux et plus généraux dans lesquels le débat politique peut être formulé. »¹

Dans une époque d'incarcérations clandestines massives, de processus de déportations secrets, de détentions indéfinies de citoyens, de surveillance accrue des groupes politiques et religieux, d'écoute électronique généralisée et de refus des droits d'*habeas corpus*², n'est-il pas nécessaire de questionner les présupposés du langage mobilisé par les arguments les plus couramment utilisés? N'existe-t-il pas un moment plus pressant pour s'interroger sur la protection des libertés que lorsqu'elles sont si menacées? Notre projet est d'explorer le concept de liberté qui est au centre des arguments concernant l'étendue de la protection des libertés civiles en situation d'urgence. Plus précisément, notre travail se concentre sur le cas des Etats-Unis, vu leur tradition constitutionnelle riche et l'amplitude des débats ayant émergés au lendemain du 11 septembre.

Dans le premier chapitre, nous traiterons des concepts clefs que sont la Constitution et la situation d'urgence. Nous étudierons ensuite deux facettes de la protection des libertés que sont les institutions formelles et les institutions informelles. Les institutions formelles sont les lois, règlements et processus entourant la protection des libertés civiles, tandis que les institutions informelles sont les discours et les théories d'interprétations constitutionnelles légitimant les décisions des juges de la Cour suprême. Nous envisageons la possibilité de discours légitimant qui ne seraient pas arbitraires et qui préserveraient efficacement les libertés civiles. Nous verrons ensuite que le concept de liberté central à l'interprétation actuelle, le concept de liberté comme non-interférence, implique une forme de la thèse de la balance ce qui compromet la protection des libertés civiles en situation d'urgence. En effet,

¹ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004. p. 19

² David Cole et J. X. Dempsey, *Terrorism and the Constitution, Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*, New York & Londres, The New Press, 2006.; Geoffrey R. Stone, *War and Liberty, An American Dilemma : 1790 to the present*, New-York et Londres, W. W. Norton & Company, 2007.; Frederick A. O. Schwarz, Jr. and Aziz Z. Huq. *Unchecked and unbalanced : presidential power in a time of terror*. New York, New Press, Brennan Center for Justice, 2007.

la thèse de la balance est l'évaluation de principes conflictuels, dans le cas qui nous intéresse il s'agit de la liberté et de la sécurité. Or, à poser ces deux principes comme concurrents, on compromet toujours la sauvegarde des libertés au nom d'un autre bien, la sécurité. Une telle position ouvre donc toujours la porte à une réduction injustifiée des libertés civiles en situation d'urgence. Notre défi sera donc d'exposer le principal sous-entendu à l'argument sécuritaire, c'est-à-dire le concept de liberté qui lui est implicite. Nous exposerons ensuite quatre réponses qui se trouvent dans la littérature, mais qui ne fournissent pas un contre-argument suffisamment robuste à l'argument sécuritaire : une position déontologique, une position communautarienne, une position libérale et une réponse légaliste. Ces propositions seront en effet grevées du même problème que la précédente soit celui d'un concept de liberté qui ne permet pas de protéger efficacement les libertés civiles en situation d'urgence.

Après avoir démontré que le problème central des théories d'interprétations constitutionnelles en situation d'urgence est l'adhésion à un concept de liberté déficient, nous étudierons la proposition de Philip Pettit. Nous croyons que ce dernier nous donne les moyens conceptuels pour offrir une réponse robuste à l'argument sécuritaire à travers un concept de liberté différent. Ce dernier défend un concept de liberté comme non-domination qui ne prête pas flanc à la thèse de la balance et qui nous permet de proposer un argument fort pour la protection des libertés civiles en situation d'urgence. Notre tâche sera donc, dans un premier temps, de désamorcer l'argument sécuritaire.

Le fait de ne pas adopter la thèse de la balance est un avantage, car cela structure le débat autrement, en évitant de conclure qu'une augmentation de la sécurité entraîne nécessairement une diminution correspondante de la liberté. En effet, il n'est plus question de s'interroger sur la quantité de liberté à mettre en veilleuse en situation d'urgence. Cela a aussi pour conséquence de ne plus faire reposer l'étendue des libertés protégées sur la teneur du risque encouru. Une telle évaluation laisse beaucoup trop de place d'une part à l'erreur, ensuite à l'accumulation de pouvoir dans l'office présidentiel, car c'est lui, en dernière instance, qui dirige les organes de renseignements. Après avoir désamorcé l'argument sécuritaire, à travers le concept de liberté comme non-domination, nous présenterons les principes du constitutionalisme, intimement liés au concept de liberté comme non-domination, qui devraient servir de critère à la protection des libertés civiles en

situation d'urgence. Nous verrons aussi qu'une réforme des institutions formelles est nécessaire si l'on prend au sérieux le concept de liberté comme non-domination.

Structure de la question

Les réactions politiques aux événements du 11 septembre aux États-Unis fournissent une occasion privilégiée pour nous interroger sur plusieurs sujets liés à la protection des libertés civiles. Par exemple, le rôle du président en tant que commandant en chef dans la lutte contre le terrorisme, la permissivité de la torture en situation d'urgence ou celle de la protection de la vie privée en temps de crise. Toutes ces questions ont trait à la protection de libertés civiles particulières : la séparation des pouvoirs, l'interdiction des châtiments injustes et cruels ou la protection de la vie privée. Or, la question la plus importante selon nous est d'ordre institutionnel et se pose sur les mécanismes entourant la protection des libertés civiles en situation d'urgence. En effet, en assurant les mécanismes de protection des libertés civiles, on assure par le fait même les libertés civiles. L'outil ultime de protection des libertés aux États-Unis est la Constitution, tant dans ses articles, qui assurent la forme du gouvernement républicain, que dans les dix premiers amendements, qui constituent le *Bill of Rights*.³ La conformité à la Constitution des mesures prises par les divers organes du gouvernement est assurée par les juges de la Cour suprême.⁴ Parfois, des événements inattendus surviennent qui incitent le gouvernement à revoir l'étendue des libertés civiles dont jouit la population afin de remédier à une menace sécuritaire. La question, dans cette perspective institutionnelle, porte sur le rôle des juges dans la protection des libertés en état d'urgence. En effet, la pratique de la révision constitutionnelle permet-elle d'assurer la pérennité des libertés civiles?⁵ Plus précisément, nous explorerons deux facettes de la protection des libertés civiles : les institutions formelles (*institutionnal hardware*) que sont les règles, les droits et les procédures ainsi que les institutions informelles (*institutionnal software*) reliées aux discours légitimant les

³ John Phillip Reid, *The concept of liberty in the age of the american revolution* Chicago et Londres, The university Press of Chicago, 1988. p. 82; Donald S. Lutz, *Principle of Constitutional Design*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006. p. 17-18

⁴ *The Constitution of the United States of America*, Art. 3, sect. 2. ; James Madison, Alexander Hamilton, John Jay, *The federalist Papers*, Londres, Penguins Book, Penguins Classics. 1987. No. 78-83 p. 436-473

⁵ Le terme de *judicial review*, nous croyons, se traduit mieux par une paraphrase que par une traduction littérale car elle permet d'exprimer clairement ce dont il est question. Nous nous permettons l'utilisation de la paraphrase révision constitutionnelle qui, bien qu'elle ait le défaut de ne pas se rapporter directement aux mots anglais, exprime clairement la pratique qui est en jeu et l'absence de traduction consacrée nous permet aussi cette liberté. En effet, l'office québécoise de la langue française le traduit par examen judiciaire tandis que *Termium* utilise contrôle judiciaire.

décisions des juges de la Cour suprême que sont les théories interprétatives de la Constitution et leurs justifications.⁶

Ces questions sont de toutes premières importances, car, en dernière instance, ce sont les juges qui évaluent la constitutionnalité des mesures mises de l'avant. Les institutions, formelles et, dans un moindre degré, informelles, permettent d'assurer que les actes des magistrats sont en conformité avec la Constitution. En ce sens, elles contraignent les juges et les dépossèdent d'un pouvoir arbitraire. Les diverses règles et procédures entourant la pratique de la branche judiciaire fournissent ce genre de protection. Par contre, les théories interprétatives, en tant qu'institutions informelles fournissant les justifications finales aux décisions ultimes de la Cour suprême, sont le sujet d'énormes controverses. C'est donc aussi sur ces dernières que nous nous attarderons.

Nous croyons que ces questions institutionnelles sont d'un intérêt supérieur aux questions proprement morales qui évalueraient les mesures à la pièce, car ces dernières occupent un rôle plus ou moins important selon les théories d'interprétations constitutionnelles et en ce sens, les débats portant sur les institutions incluent les débats sur la moralité des mesures.⁷ En effet, la question de la moralité des mesures est elle-même un critère plus ou moins important dans les théories interprétatives de la Constitution. Comme nous le verrons chez Dworkin, un des principes de base à l'évaluation de la constitutionnalité des mesures mises de l'avant est précisément si elle respecte la valeur intrinsèque de la vie humaine. De plus, une approche institutionnelle nous permet de porter un jugement sur les présupposés des concessions faites à la liberté au nom de la sécurité et de trouver des solutions qui vont au-delà de simples condamnations morales d'actions particulières. L'amplitude que nous ouvre ce type d'enquête est donc plus grande et permet de répondre non pas simplement à des problèmes particuliers, mais offre une réponse générale à l'ensemble des problèmes que soulève la protection de libertés civiles en situation d'urgence.

La problématique à laquelle nous nous intéressons se pose de la façon suivante. La Constitution est la loi suprême du système politique américain. Cette Constitution a pour fonction d'assurer la liberté des citoyens. Ce sont les juges qui possèdent le pouvoir

⁶ Dryzek, John S., *The informal logic of Institutional Design*, dans Robert E. Goodin, *The theory of institutional design*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996. p. 104

⁷ Francis Lieber, *Legal and Political Hermeneutics: Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics*, 3d. ed. St. Louis, F. H. Thomas, 1880 cité dans *Legal Hermeneutics, history, theory and practice*, éd. Gregory Leyh, Berkeley, University of California Press, 1992. Consulté le 14 décembre 2007 : <http://content.cdlib.org/xtf/view?docId=ft4779n9h2&brand=eschol> op. cit

d'interpréter la Constitution. Or, les juges sont eux-mêmes contraints par deux types d'institutions, formelles et informelles, que sont d'une part les règles et procédures et d'autre part les discours légitimant leurs décisions. Si les institutions formelles et informelles ne parviennent pas à brider le pouvoir des juges, nous pouvons dire qu'il est arbitraire. Si le pouvoir des juges est arbitraire, peut-on encore parler d'une Constitution visant la liberté des citoyens ? En effet, les juges, dotés d'un tel pouvoir dans l'interprétation des lois, ne sont-ils pas davantage des tyrans que des gardiens, des oligarques plutôt que les protecteurs des citoyens? « Si les contraintes de l'État de droit sont violées, la loi devient un champ clos de l'exercice de la volonté arbitraire des détenteurs de l'autorité. »⁸ nous rappelle Philip Pettit. La question, bien qu'elle ait une importance quotidienne, se pose avec autant plus d'empressement lorsque survient une menace qui remet en cause le *statu quo* et que les juges deviennent les derniers gardiens des libertés civiles.⁹ C'est pourquoi nous devons explorer les institutions formelles et informelles contraignant le travail des juges. Cette explication est trop schématique et mérite d'être posée plus en détail.

La question qui nous intéresse n'est pas celle de la légitimité des décisions contre majoritaires, c'est-à-dire le pouvoir qu'ont les juges de la Cour suprême d'aller à l'encontre des décisions de l'autorité populaire, mais bien celle de la qualité du pouvoir dont ils sont investis. Nous ne croyons pas que le seul type de légitimité dans un régime républicain réside dans la volonté d'une majorité des citoyens. En ce sens, les décisions des juges peuvent, en principe, être légitimes même si elles ne sont pas d'origine populaire.

Notre approche, inspirée de l'histoire des idées, mobilisera les pères fondateurs ainsi que leurs critiques et visera à montrer, dans un premier temps, les causes institutionnelles du débat qui nous intéresse. Nous posons le problème de l'arbitraire de la magistrature en temps normal, car il s'y situe en tout premier lieu, mais nous explorerons les situations d'urgence dans ce travail. La question est, en effet, plus délicate en situation d'urgence qu'en temps normal.

⁸ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, nrf essais, Gallimard, 2004. p. 230

⁹ « To a certain extent, these checks [les institutions formelles et informelles] reflect a kind of distrust of those who wield the authority of the state (...) and that distrust is at it's greatest when it comes to the exercise of emergency powers » John Ferejohn et Pasquale Pasquino, *The law of the exception : A typology of emergency powers*, I.CON, vol. 2, num. 2, 2004. p. 210

Nous désirons expliciter le manque d'institutions formelles et donc les causes institutionnelles du débat qui nous intéresse. En somme, comment les propositions institutionnelles des pères fondateurs ont-elles entraîné la question de l'arbitraire du pouvoir judiciaire? Cette étape est nécessaire, car elle est une condition préalable à la réflexion sur les institutions informelles et leur rôle dans l'arbitraire du pouvoir des juges. En effet, s'il existait des institutions formelles suffisamment contraignantes pour éliminer l'arbitraire du pouvoir judiciaire, la question des théories interprétatives ne se poserait pas avec autant d'empressement. Mais avant de se lancer dans cette explication, il nous semble opportun de définir ce que l'on entend par les concepts centraux que sont la constitution et la situation d'urgence. Bien que nous ayons une compréhension intuitive de ces deux concepts, nous verrons qu'ils ont une histoire riche et une complexité conceptuelle importante.

Chapitre 1 : Constitution et situation d'urgence

Avant de se lancer dans l'argument proprement dit, il est capital de définir ce que l'on entend par Constitution et par situation d'urgence¹⁰, car nous nous interrogeons sur la performance des théories d'interprétations constitutionnelles dans la préservation des libertés civiles en situation d'urgence. Ainsi, la première tâche à laquelle nous nous consacrerons est celle de définir les concepts clés de notre recherche. Si le terme « situation d'urgence » demande moins d'explication conceptuelle, tant par sa nature que pour les besoins de l'exposé, le concept cardinal est celui de Constitution. En effet, ce dernier occupe une place particulière dans l'expérience américaine, car nous soutenons que c'est au moment fondateur qu'il prend sa signification profondément moderne.

Nous définirons ce que l'on doit entendre par Constitution dans le contexte américain. Cette perspective historiciste, bien que nécessairement incomplète, a pour fonction d'exposer les composantes fondamentales de la Constitution. Nous verrons comment l'expérience américaine a donné une forme concrète et institutionnelle à ces principes. La seconde portion de ce chapitre portera sur le concept de situation d'urgence. Bien que certaines caractéristiques internes propres à ce concept nous empêchent de fournir une définition aussi exacte que nous le désirerions, nous dresserons une topographie des différentes situations d'urgence et nous tracerons une distinction importante entre état d'urgence, situation d'urgence et état d'exception.

Le moment anglo-américain du concept de Constitution

C'est au 17^{ème} siècle que le concept de Constitution revêt un sens résolument moderne, car il adopte un sens descriptif, il décrit les institutions propres à un État, et prescriptif, il garantit cette forme.¹¹ La notion descriptive est un héritage de la pensée grecque tandis que la nature prescriptive du concept de constitution provient de la pensée légale romaine. Si l'on ignorait une de ces deux origines, nous amputerions notre compréhension du concept. Nous suivons en ce sens Gerald Stourzh qui affirme :

¹⁰ Situation d'urgence nous semble être le concept le plus approprié pour diverses raisons que nous établirons à la section Situation d'urgence, p. 18.

¹¹ Il se peut que le sens moderne de Constitution soit un peu plus ancien que le milieu du 17^{ème} siècle, mais la précision historique absolue n'est pas nécessaire à la compréhension du concept moderne.

« There are, I submit, two quite distinct roots of applying the word ‘Constitution’ to the sphere of government (in the largest sense). The first, and by far the most important one, is to be found in the application of analogies from nature to politics, or, to be more precise, in the transfer of bodies corporate or political of a term that is usually applied to the physical body. [*constitutio/politeia*] The second root is to be found in the rise of importance, around the middle of the seventeenth century, of the legal term ‘Constitutions’ (always in the plural form), which ultimately can be traced back to the *Constitutiones* of Roman and canon law. [*constitutio/leges*] »¹²

Le premier segment du concept de Constitution se réfère à l'idée de forme du gouvernement et remonte au concept grec de *politeia*. L'adoption du sens légal de *constitutio/leges* complètera son acception moderne en lui insufflant une composante prescriptive.¹³

Le concept restreint de *constitutio/leges* hérité du droit romain qui signifie la volonté du pouvoir souverain est en utilisation jusqu'au 18^{ème} siècle et disparaît au moment de la dispute constitutionnelle anglo-américaine. Il nous suffit de préciser que le corpus du droit civique romain a été adopté par le droit canon et que c'est dans cet éthos théologico-politique, et principalement à l'occasion du débat avec les conciliaristes aux 14^{ème} et 15^{ème} siècle,¹⁴ qu'il se raffinera pour donner un concept qui, au milieu du 18^{ème} siècle, permettra l'émergence d'une signification descriptive et prescriptive du concept de Constitution tel qu'adoptée par les pères fondateurs.¹⁵

Le concept de *constitutio/leges* entre dans la langue anglaise sous sa forme plurielle. On parle alors « des Constitutions » et pas encore « de la Constitution ». Gerald Stourzh nous fournit une histoire précise et succincte de l'utilisation du terme de la fin du moyen âge à la glorieuse révolution :

« In medieval and early modern English Law, the term referred to specific written regulation, as opposed to custom and convention. (...) the term was usually referred to in the plural form, designating a series or collection of regulation passed at a particular time and referring to a particular object. With the rise of the term statute (...) the term ‘Constitution(s)’ was reduced to regulation of lower, often local rank. Yet, during the crisis

¹² Gerald Stourzh, *Constitution : Changing meaning of the term from the early Seventeenth to the late eighteenth century*, dans Terence Ball et J. G. A. Pocock (éd.), *Conceptual change and the Constitution*, Lawrence, University Press of Kansas, 1988. p. 38

¹³ L'analogie entre corps et État inscrite dans le concept de *constitutio/politeia* se retrouve d'ailleurs chez les auteurs républicains anglais du 17^{ème} ; Quentin Skinner, *La liberté avant le libéralisme*, Paris, Édition du Seuil, 2000. p. 22-26

¹⁴ Brian Tierney, *Religion, Law, and the growth of constitutional thought, 1150-1650*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

¹⁵ Pour plus de détails voir : Gerald Stourzh, *Constitution : Changing meaning of the term from the early Seventeenth to the late eighteenth century*, dans Terence Ball et J. G. A. Pocock (éd.), *Conceptual change and the Constitution*, Lawrence, University Press of Kansas, 1988.

of the mid-seventeenth century in England, the plural term 'consitutions' rose from its inferior position to which it had sunk in the later Middle Ages, and was wedded to the word 'fundamental' »¹⁶

Dans les colonies, le terme de Constitution est connu sous une autre forme, non sans rappeler l'utilisation anglaise du terme, qui joint les conceptions de *consitutio/leges* et de *constitutio/politeia*. Il est difficile d'ignorer le rôle des premières chartes coloniales dans la formation de la pensée constitutionnelle américaine.¹⁷ Ces dernières étaient des lois (*constitutio/leges*) portant sur la constitution (*constitutio/politeia*) de la colonie. C'étaient des documents constitutionnels au sens moderne, c'est-à-dire des documents légaux qui établissaient la forme du gouvernement. Le seul élément qui manquait aux chartes coloniales était l'ancrage résolument républicain qu'elles adopteront au lendemain de la guerre d'indépendance grâce à la réactivation du corpus romain du droit des corporations. Lorsque la théorie des corporations romaines, qui faisait de son représentant un simple mandataire du groupe, était invoquée dans le débat constitutionnel, il en résultait un ancrage résolument républicain. En effet, « [w]hen this model [droit des corporations romain] was applied directly to large-scale political society it yielded a pure republicanism in which the chief magistrate could always be deposed by the will of the people. »¹⁸.

La charte de la Caroline est probablement la constitution la plus connue à cause d'un de ses illustres auteurs, John Locke. C'est à titre de secrétaire d'un consortium anglais qu'il collabore à l'écriture de « Fundamental Constitutions of Carolina ». Au dernier article, on peut lire « These Fundamental Constitutions, in a number of 120, and every part thereof, shall be and remain the sacred and unalterable form and rule of Carolina. »¹⁹. Le terme « Constitutions », toujours au pluriel, signifie dans ce contexte la forme et la loi suprême de l'État. Les Constitutions (*constitutio/leges*) déterminent la forme du gouvernement (*constitutio/politeia*).

¹⁶ Gerald Stourzh, *Constitution : Changing meaning of the term from the early Seventeenth to the late eighteenth century*, dans Terence Ball et J. G. A. Pocock (éd.), *Conceptual change and the Constitution*, Lawrence, University Press of Kansas, 1988. p.44-45

¹⁷ Brian Tierney, *Religion, Law, and the growth of constitutional thought, 1150-1650*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.p. 106

¹⁸Brian Tierney, *Religion, Law, and the growth of constitutional thought, 1150-1650*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.p. 26

¹⁹ Constitution de la Caroline, cité dans Gerald Stourzh, *Constitution : Changing meaning of the term from the early Seventeenth to the late eighteenth century*, dans Terence Ball et J. G. A. Pocock (éd.), *Conceptual change and the Constitution*, Lawrence, University Press of Kansas, 1988. p. 44

Ce n'est qu'une cinquantaine d'années plus tard que l'on peut retrouver, sous la plume de Bolingbroke, une définition du concept anglais de Constitution, au singulier, qui allie tant l'aspect prescriptif que l'aspect descriptif. Il écrit, vers 1733 :

« By Constitution we mean, whenever we speak with propriety and exactness, that assemblage of laws, institutions and customs, derived from certain fixed principles of reason, directed to certain fixed objects of public good, that compose the general system, according to which the community hath agreed to be governed. (...). In a word(...), Constitution is the rule by which our princes ought to govern at all times; government is that by which they actually do govern at any particular time. One may remain immutable; the other may, and as human nature is constituted, must vary. One is the criterion by which we are to try the other »²⁰

Pour Bolingbroke, la Constitution est un ensemble d'éléments prescriptifs qui détermine la forme et les objectifs généraux du gouvernement. Par contre, un souverain qui ne gouvernerait pas selon la Constitution n'est pas illégal, mais simplement mauvais.²¹ Ce n'est qu'au moment de la révolution américaine que l'aspect prescriptif cesse d'être simplement moral mais devient légal. C'est ainsi que Thomas Paine défend cinq thèses caractéristiques de la conception moderne de la Constitution :

«(1) there is a fundamental difference between a people's government and that people's Constitution, whether the government happens to be entrusted to a king or to a representative assembly ; (2)That this Constitution is « antecedent » to the government ; (3) That it defines the authority which the people commits to its government, and in so doing thereby limits it ; (4) That any exercise of authority beyond these limits by any government is an exercise of « power without right. » ; (5) That in any state in which the distinction is not actually observed between the Constitution and the government there is in reality no Constitution, because the will of the government has no check upon it, and that state is in fact a despotism. »²²

Ce sont particulièrement les propositions quatre et cinq qui distinguent la conception anglaise de la conception américaine de la Constitution. Comme nous l'avons démontré, le respect de la Constitution dans le contexte anglais déterminait la qualité du gouvernement, mais n'impliquait pas une contrainte effective. En ce qui concerne Paine, dont l'avis est partagé par les pères fondateurs, lorsque le gouvernement agit à l'extérieur de sa

²⁰ Lord Bolingbroke, *Dissertation upon parties* lettre, X <http://socserv.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/bolingbroke/parties.html> consulté le 31/05/08

²¹ « We call this a good government, when the execution of the laws, the observation of the institutions and customs, in short, the whole administration of public affairs, is wisely pursued, and with a strict conformity to the principles and objects of the Constitution. We call it a bad government, when it is administered on other principles, and directed to other objects either. » Lord Bolingbroke, *Dissertation upon parties*, lettre X <http://socserv.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/bolingbroke/parties.html> consulté le 31/05/08

²² Charles H. McIlwain, *Constitution Ancient and Modern*, New York, Cornell University Book, Ithaca, 1947. consulté sur <http://www.constitution.org/cmt/mcilw/mcilw.htm> le 21/05/08

juridiction, il n'est pas simplement mauvais, il est illégal. Le respect de la Constitution cautionne sa légitimité. Cet exercice de *pouvoir sans droit* implique d'ailleurs un droit de résistance de la part des citoyens.²³ De même, le cinquième critère stipule qu'un gouvernement qui n'est pas contraint par la Constitution, c'est-à-dire qui ne distingue pas clairement, comme le fait Bolingbroke, ce qui est du ressort du gouvernement et ce qui est du ressort de la Constitution, n'est en réalité rien d'autre qu'un despotisme.

Les caractéristiques descriptives et prescriptives de la Constitution sont désormais bien ancrées dans la pensée américaine du 18^{ème} siècle. En effet, la Constitution a désormais une fonction prescriptive, en ce sens qu'elle est le critère de validité des lois générales, et descriptive car elle ordonne ou institue les offices et magistratures du gouvernement. Le concept de Constitution adopte aussi entre la fin de la guerre d'indépendance et le jugement de *Marbury vs Madison* (1776-1803) un sens propre à l'expérience américaine.²⁴ En effet, cette dernière s'assure un certain nombre d'outils institutionnels afin de garantir les fonctions prescriptive et descriptive de la Constitution. La question de la nouveauté des arrangements institutionnels américains est l'objet d'une littérature importante, mais cela dépasse le cadre de notre projet.²⁵

Le premier élément spécifique de la Constitution américaine consiste précisément en l'adoption d'une Constitution écrite.²⁶ Cela permet de déterminer plus clairement le contenu de la Constitution et, en ce sens, réduit les disputes quant à son interprétation. Les Américains avaient été prévenus d'un tel problème par les querelles constitutionnelles avec la mère patrie qui ont mené à la guerre d'indépendance. Le second est la séparation des

²³ John Locke, *Le second traité du gouvernement*, Paris, Presse Universitaire de France, 1994. p. 166

²⁴ Gerald Stourzh, *Constitution : Changing meaning of the term from the early Seventeenth to the late eighteenth century*, dans Terence Ball et J. G. A. Pocock (éd.), *Conceptual change and the Constitution*, Lawrence, University Press of Kansas, 1988. P. 45-48

²⁵ Pour ne nommer que les plus importants : Gerald Stourzh, « Constitution : Changing meaning of the term from the early Seventeenth to the late eighteenth century » , dans Terence Ball et J. G. A. Pocock (éd.), *Conceptual change and the Constitution*, Lawrence, University Press of Kansas, 1988.; John Phillio Reid, *The concept of liberty in the age of the american revolution*, Chicago et Londres, The university Press of Chicago, 1988.; Gordon S. Wood, *La création de la république américaine, 1776-1787*, Paris, Belin, 1991.; Bernard Bailyn, *The ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1992. ; J. G. A. Pocock, *The Machiavelian Moment, Florentine Republican Thought and the Atlantic Republican tradition*, Princeton, Princeton University Press, 2003; Daniel J. Boorstin, *The genius of american politics*, Chicago, University of Chicago Press, 1953; Louis Hartz, *The liberal tradition in America, an interpretation of American political thought since the revolution*, New York, Harcourt, Brace, 1955; Jack R. Pole, *Political representation in england and the origin of the american republic*, Toronto, MacMillan, 1966.

²⁶ Voir, pour l'ensemble de ces caractéristiques : Gerald Stourzh, *Constitution : Changing meaning of the term from the early Seventeenth to the late eighteenth century*, dans Terence Ball et J. G. A. Pocock (éd.), *Conceptual change and the Constitution*, Lawrence, University Press of Kansas, 1988.

pouvoirs sur deux axes. L'axe vertical est incarné par l'aspect fédératif de la république. L'axe horizontal est la séparation des pouvoirs entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire. Cet arrangement institutionnel était une réponse claire à la suprématie du législatif telle qu'appliquée en Angleterre et défendue par le juriste anglais William Blackstone.²⁷ Le troisième élément est le *Bill of Rights*. Sa fonction est de garantir certains droits contre l'empiètement du gouvernement sur les libertés des citoyens. Le quatrième élément est celui qui nous intéressera plus particulièrement est la révision constitutionnelle. Par ce pouvoir, qui est formulé de manière explicite dans le jugement de *Marbury vs Madison*, les juges sont responsables d'assurer le respect de la Constitution par les autres branches du gouvernement.²⁸

Comme nous l'avons démontré, la Constitution en son sens général possède deux caractéristiques : elle est prescriptive et descriptive. Elle est prescriptive en ce sens qu'elle est la loi suprême et selon laquelle chacune des actions du gouvernement doit être jugée. Elle est descriptive, car elle est la forme du gouvernement et le fondement de son organisation. Ces deux sens sont profondément ancrés dans l'histoire même du concept de Constitution par sa signification grecque, *constitutio/politeia*, qui évoque la forme du gouvernement et par sa forme latine, *constitutio/leges*, qui lui donne valeur de loi. Les éléments spécifiques à la Constitution américaine, dont la révision constitutionnelle fait partie, ont pour fonction première de limiter le pouvoir du gouvernement conformément à la Constitution. Ce sont des dispositifs institutionnels qui assurent les deux composantes du concept de Constitution.

Le mouvement constitutionnel américain avait pour projet de réduire au maximum le pouvoir arbitraire des gouvernants par le moyen des institutions formelles et informelles. En ce sens, ils devaient assurer la liberté des citoyens. Nous reviendrons sur le lien entre pouvoir arbitraire et liberté au troisième chapitre, mais il suffit de dire pour l'instant que le pouvoir arbitraire, comme l'esclavage et la licence, étaient conçus comme des antinomies de la liberté.²⁹ La loi, et particulièrement la loi suprême, devait combattre l'arbitraire du gouvernement. La question de la révision constitutionnelle est centrale au problème qui

²⁷ Une étude approfondie de ce débat peut-être trouvée chez Gordon S. Wood, *La création de la république américaine, 1776-1787*, Paris, Belin, 1991. C'est le rejet du concept de représentation virtuelle qui amènera les américains à déclarer leur indépendance.

²⁹ John Phillip Reid, *The concept of liberty in the age of the american revolution*, Chicago et Londres, The university Press of Chicago, 1988.p. 60

nous intéresse, car elle est, comme nous l'avons montré en introduction, le dernier rempart institutionnel au pouvoir arbitraire. Si ce dernier contre-pouvoir est exercé de manière arbitraire, cela soulève des enjeux importants. Le danger à cet égard est précisément la possession par les juges d'un pouvoir arbitraire dans l'interprétation de la loi suprême.

Situation d'urgence

À première vue, la définition du concept de situation d'urgence semble difficile à faire, car les urgences sont par nature imprévues. De plus, une étude historique relatant les modes de son utilisation, comme l'écrivent les historiens de la jurisprudence, ne nous informe pas sur son contenu, comme dans le cas de la Constitution, mais seulement sur son utilisation.³⁰ Or, définir d'après l'utilisation, souvent rhétorique, est une tâche qui s'éloigne de notre projet philosophique. Dans la littérature portant sur l'état d'urgence, où l'état d'urgence n'est rien d'autre que la réaction politique à la situation d'urgence, les auteurs sont plus intéressés par les conséquences de sa déclaration ou par les conditions légales de son utilisation que par sa définition comme telle. Mais, une des tâches proprement philosophiques est la compréhension de ce qu'est l'état d'urgence et des conditions de légitimité de sa proclamation, car la déclaration de l'état d'urgence, lors d'une situation d'urgence, peut avoir des conséquences politiques importantes.

Il faut d'abord comprendre que l'état d'urgence est motivé par un risque. L'importance du risque ou la gravité des conséquences doit être élevée afin de considérer que le risque peut être qualifié de situation d'urgence. Un risque élevé, qui entraîne une situation d'urgence, peut motiver l'état d'urgence avant ou après un phénomène perturbateur. Une menace terroriste ou l'approche d'un ouragan dans une zone habitée peut justifier, si le risque est assez élevé, l'état d'urgence. De même, après une catastrophe naturelle imprévue ou suite à une attaque terroriste, la situation imprévue et hautement instable qui requiert une réaction rapide peut aussi légitimer l'état d'urgence.

Le risque doit être compris comme un rapport entre la menace et la vulnérabilité. Il n'y a pas de risque s'il n'y a pas de menace et la menace n'est pas prégnante s'il n'y a pas de vulnérabilité. De même, il n'y a pas de risque s'il n'y a pas de vulnérabilité et la

³⁰Pour une telle histoire voir : Carl Schmitt, *La dictature*, Paris, Édition du Seuil, 2000; François Saint-Bonnet, *L'État d'exception*, Paris, Presse Universitaire de France, Léviathan, 2001; Jean-Claude Monod, *Penser l'ennemi, affronter l'exception : réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, Paris, Édition de la découverte, 2006; John Ferejohn et Pasquale Pasquino, *The law of exception : a typology of emergency power*, I.CON, Volume 2, n. 2, 2004. p-210-239

vulnérabilité n'est pas dangereuse s'il n'y a pas de menace.³¹ Donc, pour qu'il y ait état d'urgence il faut qu'il y ait à la fois une menace et une vulnérabilité et que la situation d'urgence causée par le risque soit suffisamment sérieuse pour justifier une réaction politique immédiate.

L'importance du risque ne doit pas être évaluée sur un mode binaire, il y a risque ou il n'y en a pas, mais plutôt comme une gradation progressive qui n'atteint jamais un degré zéro. Il y a toujours une certaine forme de risque, mais pour que le risque soit qualifié de situation d'urgence, il faut que celui-ci soit suffisamment important. L'évaluation de l'importance du risque est d'ailleurs l'élément clé du déclenchement de l'état d'urgence comme nous verrons plus loin.

La situation d'urgence a diverses conséquences sociales. La situation d'urgence réduit la quantité de ressources disponibles. En effet, lorsque survient une situation d'urgence, deux choses peuvent se produire. Dans un premier temps, la valeur accordée à certains biens, telle que la sécurité, augmente. En ce sens, afin de jouir du même degré de sécurité, il faut y octroyer plus de ressources. Ce jeu de vase communicant est causé par la nature limitée des ressources disponibles. Dans un second temps, il peut arriver qu'une situation d'urgence réduise tout simplement les ressources disponibles en réduisant directement les ressources ou en leur conférant un coût supérieur. En effet, si un événement rend inopérant une portion des équipements militaires, ceux-ci ne sont tout simplement plus disponibles pour assurer la sécurité. Il se peut aussi qu'une catastrophe entraîne des coûts importants. Par exemple, si une région venait à être inondée, les coûts liés à la reconstruction orientent des ressources qui auraient été disponibles à d'autres fins. Le phénomène entraînant une situation d'urgence peut limiter les ressources matérielles, mais nous verrons que l'équation n'est pas directe en ce qui concerne la sécurité et la liberté.

Les mesures visant à contrer la situation d'urgence peuvent être plus ou moins efficaces et elles doivent être prises rapidement.³² Leur objectif est de réduire la vulnérabilité ou la menace liée au risque et donc d'éliminer les réactions politiques nécessaires à la gestion de la situation d'urgence. Il est important de noter que de toutes les actions posées en état

³¹ Stéphane Leman-Langlois, « L'analyse de problèmes de sécurité et la conception de solution adaptées » dans Maurice Cusson et al. (éd), *Traité de sécurité intérieure*, Montréal, HMH, Cahier du Québec, Collection droit et criminologie, 2007.

³² E. A. Posner et A. Vermeule, *Terror in the Balance, security, liberty, and the courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 18

d'urgence afin de résorber la situation d'urgence, certaines peuvent être plus efficaces que d'autres. En effet, étant donné les ressources limitées, l'emploi optimal des ressources disponibles est souhaitable. En somme, on ne peut tout faire et il faut choisir parmi les options celles qui sont le plus à même de résorber la crise.

Ces décisions doivent aussi être prises rapidement, car une des caractéristiques principales des situations d'urgence est la nécessité d'agir avec célérité. Sans cette nécessité d'agir rapidement, il n'y aurait pas une pression aussi aiguë sur les ressources disponibles. En effet, s'il était possible de temporiser, la pression sur les ressources disponibles ne serait donc pas aussi grande. Il serait ainsi possible de répartir l'impartition des ressources sur une plus longue période de temps, minimisant la pression sur les ressources disponibles. Le coût d'un événement inattendu, d'une situation d'urgence, ne requérant pas une réponse rapide est beaucoup moins important et n'entraîne pas un état d'urgence.

Quelques distinctions cruciales sont nécessaires à la compréhension du concept de situation d'urgence. Il faut d'abord distinguer entre deux types de réaction à la situation d'urgence : l'état d'urgence et l'état d'exception. Le premier est une réponse à une menace générale et peut-être diffuse tandis que le second est la réponse à une menace particulière. L'état d'exception est plus précisément une réponse à une menace qui met en péril l'existence de l'État ou de l'ordre social. Cette réponse est caractérisée par la mise entre parenthèses de l'empire du droit comme le défend Carl Schmitt. Ce dernier affirme que la dictature est la réponse nécessaire à la situation d'urgence et qu'elle est caractérisée par la suspension de l'empire du droit ce qui équivaut à l'instauration de l'état d'exception.³³ Or, parce que toute situation d'urgence n'entraîne pas forcément un état d'urgence, à plus forte raison, elle n'entraîne pas systématiquement un état d'exception.

Pour Schmitt, l'état d'exception, qui s'incarne dans la dictature, comporte trois caractéristiques. D'abord, le pouvoir du dictateur est en adéquation avec son espace de décision légitime : « étant donné que, dans une dictature, est permis tout ce qui est nécessaire du point de vue du résultat à atteindre concrètement (...) il en résulte une identité absolue entre la tâche et l'attribution, entre le pouvoir discrétionnaire et l'habilitation. »³⁴. Ensuite, l'autorité du dictateur ne peut être que temporaire. En effet,

³³ Carl Schmitt, *La dictature*, Paris, Étiditon du Seuil, 2000 p.18

³⁴ Carl Schmitt, *La dictature*, Paris, Étiditon du Seuil, 2000 p. 19

parce que le dictateur a pour mission de répondre à une crise, il vise sa résorption.³⁵ En ce sens, l'état d'exception est toujours temporellement défini. Finalement, la troisième caractéristique de la dictature est qu'elle se définit toujours par l'exception à une norme.³⁶ Elle porte toujours en son sein les principes normatifs auxquels elle doit retourner. L'état d'exception est donc limité dans le temps, en dérogation avec une norme et le pouvoir est entièrement et uniquement exercé par le dictateur.

La stratégie de Schmitt consiste à faire l'amalgame entre état d'urgence et état d'exception. Pour ce dernier, tout état d'urgence est en fait un état d'exception. Un état d'urgence qui ne serait pas aussi un état d'exception est un abus de langage. L'état d'urgence requiert l'abolition d'une norme, même temporairement, et établit donc l'état d'exception. Pour ne pas tomber dans les pièges de la pensée du fossoyeur de la république de Weimar, il faut distinguer l'état d'urgence de l'état d'exception. Pour cela, il faut offrir une définition qui ne requiert pas la référence à la norme. L'état d'urgence est une situation politique motivée par un événement, une inondation par exemple, et l'état d'exception est une réponse à une situation d'urgence, l'inondation nous force à suspendre certaines lois afin de rétablir la sécurité. En somme, un phénomène possédant certaines caractéristiques peut entraîner une situation d'urgence et l'état d'urgence nécessaire pour résorber la situation d'urgence peut requérir l'état d'exception.

En plus des concepts d'état d'urgence et d'état d'exception, présent dans la pensée de Carl Schmitt, on peut penser aux pouvoirs d'urgence (*emergency powers*), à la loi martiale et aux pouvoirs extraordinaires présents dans le droit anglais ou à l'état de siège, aux pouvoirs extraordinaires ou aux décrets d'urgence du droit français.³⁷ Bien que ces concepts émanent de traditions légales différentes, ils doivent être compris sous l'idée d'état d'exception.³⁸ Michael Walzer utilise aussi un concept similaire à l'état d'exception. L'urgence suprême (*supreme emergency*) y est en effet apparentée. Ce concept s'en rapproche, car il permet, au nom de certaines normes, d'outrepasser d'autres normes d'un degré inférieur. Il est, selon Walzer, moralement justifiable de ne pas respecter certains principes de la guerre juste, celui de la souveraineté des États, lorsque nous faisons face à

³⁵ Carl Schmitt, *La dictature*, Paris, Édition du Seuil, 2000 p. 21

³⁶ Carl Schmitt, *La dictature*, Paris, Édition du Seuil, 2000 p.21

³⁷ Jean-Claude Monod, *Penser l'ennemi, affronter l'exception : réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, Paris, Édition de la découverte, 2006. p. 73

³⁸ Jean-Claude Monod, *Penser l'ennemi, affronter l'exception, : réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, Paris, Édition de la découverte, 2006p. 73-74

un État dont les actions choquent la conscience de l'humanité.³⁹ Ce dernier concept doit aussi être compris sous la rubrique de l'état d'exception. Il nous permet de voir que l'état d'exception peut être invoqué pour des motifs apparemment louables.

Il faut aussi interroger les causes de l'état d'urgence qui peuvent mener à l'état d'exception. Traditionnellement, ces causes sont associées à la guerre contre une puissance extérieure ou à un contexte de guerre civile. Dans les deux cas, ces causes menacent l'intégrité de l'État.⁴⁰ L'analogie la plus fréquemment utilisée pour justifier l'état d'exception est celle de l'autodéfense. Le raisonnement est le suivant : si ma vie est menacée, alors j'ai le droit de tout faire afin de la préserver et parallèlement, si l'existence de l'État est menacée, il a le droit de tout faire pour se sauvegarder.

Cette réflexion se retrouve chez Walzer dans ce qu'il nomme le paradigme légaliste : « La théorie de l'agression prend d'abord forme sous l'égide de l'analogie avec la vie en société. Je me propose d'appeler cette forme primaire de la théorie le paradigme légaliste »⁴¹. Sans rejeter entièrement l'analogie entre l'état d'exception et l'autodéfense, nous voudrions y poser certaines balises. D'abord, la valeur d'une vie individuelle n'est pas équivalente à la valeur de l'État. Au mieux, ce dernier est la source de la liberté des individus tandis que la vie est plus que la liberté individuelle ou collective. La liberté peut se reconquérir après la domination, pas la vie. La vie est la condition de la liberté, la liberté est la condition d'une *bonne* vie. La perte de la vie est donc plus importante que la perte de la liberté par une domination extérieure. Il ne faut pas prendre la rhétorique de certains qui s'interrogent si la vie sans la liberté vaudrait la peine d'être vécue pour un véritable argument. Il ne faut donc pas considérer la « vie de l'État » d'une valeur égale à la « vie de l'individu ».⁴²

De plus, il nous semble que si l'on veut légitimer la survie de l'État sous la rubrique de l'autodéfense, l'État doit être lui-même légitime. En effet, il doit être défendu afin de préserver la liberté du peuple contre une domination étrangère. Or, si l'État sous lequel un peuple vit est lui-même dominateur, il semble incohérent de lui donner ce droit de légitime défense. De plus, un État ne respectant plus ses lois, comme le prescrit l'état d'exception, est-il encore légitime? Pour ces deux raisons, l'analogie de l'individu à l'État doit être

³⁹ Michael Walzer, *Guerres justes et injustes : argumentation morale avec exemples historiques*, Paris, Belin 1999. p. 142

⁴⁰ Carl Schmitt, *La dictature*, Paris, Étiditon du Seuil, 2000.

⁴¹ Michael Walzer, *Guerres justes et injustes : argumentation morale avec exemples historiques*, Paris, Belin 1999.. p. 105

⁴² François Saint-Bonnet, *L'État d'exception*, Paris, Presse Universitaire de France, Léviathan, 2001. p. 35

relativisée concernant la valeur intrinsèque de l'État, il n'en a aucune, et sur la légitimité de l'autodéfense, il n'a de légitimité que s'il répond aux aspirations de son peuple, ce ne sont pas toutes les menaces à l'intégrité de l'État qui doivent être considérées comme des motifs suffisants à l'instauration d'un état d'exception. Il existe donc, même dans le cas d'un état d'urgence suffisamment important pour menacer l'intégrité de l'État, une distinction entre ces deux concepts.

Mais quelle est la relation entre état d'urgence et état d'exception ? Comment le premier motive-t-il l'instauration du second ? Définissons ce que nous entendons par état d'urgence. L'état d'urgence survient lorsque (1) un événement inattendu (situation d'urgence) (2) comportant un risque élevé (3) requiert une réponse rapide. Le temps est le facteur le plus décisif en ces circonstances.⁴³ L'état d'exception, contrairement à l'état d'urgence, comprend déjà une évaluation du risque. Dans l'état d'exception, la situation d'urgence est inattendue, car aucune loi ou mécanisme n'a été prévu pour répondre à un tel événement, le risque est alors extrêmement important, il menace l'intégrité de l'État qui doit être légitime, et l'urgence est suprême en ce que temporiser ne ferait qu'aggraver la situation. L'état d'exception est en somme une réponse politique au degré suprême de l'état d'urgence. Dans le cas de l'état d'exception, les pouvoirs nécessaires pour résorber la crise se trouvent à l'extérieur des lois existantes ou en contradiction avec celles-ci.

Au moins deux autres situations paradigmatiques, en plus de l'état d'exception, sont nécessaires à la compréhension de la situation d'urgence. Le premier est la situation normale : les lois et les institutions répondent adéquatement aux événements qui surviennent. Le second est l'état d'urgence s'opérant à l'intérieur du cadre légal : suite à un événement présentant les trois caractéristiques stipulées plus haut, l'État adopte des lois spéciales ou alors des institutions particulières sont mobilisées pour répondre à la menace.⁴⁴ En somme, la situation d'urgence motive l'état d'urgence. Les réponses à la situation d'urgence sont de trois ordres : l'état d'exception, l'état d'urgence et l'état normal. Les réponses sont calibrées selon les causes et la gravité des menaces.

⁴³ E. A. Posner et A. Vermeule, *Terror in the Balance, security, liberty, and the courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

⁴⁴ Sur la tripartition voir : John Ferejohn et Pasquale Pasquino., *The law of exception : a typology of emergency power*, I.CON, Volume 2, Num. 2, 2004. Nous ajoutons l'état normal, car nous croyons qu'elle est nécessaire à la compréhension.

Bruce Ackerman ainsi que Posner et Vermeule proposent une typologie des menaces. Le premier, en regard de leur gravité et de leur provenance et les seconds en regard de leur cause. Il faut en effet distinguer les types de situation d'urgence pour s'assurer que les mesures mises de l'avant pour y pallier sont proportionnelles au danger encouru par l'État et la population. Ces distinctions permettent précisément de mesurer les réponses qu'il est légitime d'opposer aux menaces.

Ackerman propose de comprendre les degrés des situations d'urgence selon la source et la gravité des menaces. Il propose ainsi quatre possibilités.⁴⁵ Il distingue d'abord les menaces provenant de l'extérieur de l'État et celles provenant de l'intérieur. On retrouve dans la première catégorie la guerre et les actions de police et dans la seconde les guerres civiles et les situations d'urgence. Le second critère de distinction est la gravité de la menace affrontée. Le premier type de menace est de nature existentielle, c'est-à-dire que la menace est d'une ampleur telle que la survie de l'État est en jeu. Le second est une atteinte effective à la souveraineté de l'État. Il y a donc quatre types de situation d'urgence : la guerre, dont le cas paradigmatique est la Seconde Guerre mondiale, la guerre civile, comme la guerre de Sécession américaine, les actions de police, telle que les opérations en Irak au début des années 1990 et ce qu'il nomme « state of emergency » ou état d'urgence. C'est sous cette dernière rubrique que l'on doit comprendre les menaces terroristes que vivent les États-Unis. Elles sont en effet des menaces intérieures qui ne mettent pas en péril l'existence même de l'État, bien qu'elles peuvent être une menace individuelle considérable. Il est donc possible d'affirmer que les menaces terroristes, parce qu'elles ne représentent pas un danger existentiel pour l'État, ne permettront jamais d'invoquer un état d'exception.

Locus of threat	Type of threat	
	<i>Existential danger</i>	<i>Assault on Effective sovereignty</i>
<i>Foreign</i>	War	Police action
<i>Domestic</i>	Civil War	State of emergency

Posner et Vermeule proposent un autre type de classification se fondant sur les causes de l'état d'urgence.⁴⁶ Ces auteurs distinguent trois types d'état d'urgence : un premier causé

⁴⁵ Bruce Ackerman, *Before the next attack : preserving civil liberties in an age of terrorism*, New Have, Yale University Press, 2006. p. 171

⁴⁶ E. A. Posner et A. Vermeule, *Terror in the Balance, security, liberty, and the courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

par les actions intentionnelles d'un agent, une seconde par les actions non intentionnelles d'un agent et le troisième par des causes naturelles. La menace terroriste se classe évidemment comme l'action intentionnelle d'un agent. La classification qu'ils proposent a l'avantage de rejoindre un élément de la définition du terrorisme en ce qu'elle souligne l'intentionnalité. Le terroriste a effectivement un projet dont il faut tenir compte dans l'évaluation de la menace. Par contre, ce classement ne permet pas d'évaluer la gravité de la menace comme dans le cas de la proposition d'Ackerman. La menace terroriste doit être comprise comme l'action intentionnelle d'un agent ayant un projet politique et mobilisant des moyens visant à instaurer la terreur auprès de la population civile, donc dans une perspective intérieure et qui consiste en une attaque effective de la souveraineté.⁴⁷

Nous avons opéré un classement des différents concepts liés à celui de situation d'urgence. La situation d'urgence est causée par un risque suffisamment élevé et la réaction politique à cette situation d'urgence peut être de trois ordres : l'état d'urgence, l'état d'exception et la situation normale. Ces réactions doivent être calibrées selon la menace. Nous croyons avoir suffisamment de précision dans ce concept pour nous permettre de poursuivre notre réflexion.

Conclusion

Nous avons montré dans ce chapitre comment la notion de Constitution a adopté un sens descriptif et normatif au 17^{ème} siècle et comment cette conception s'est concrétisée par des développements institutionnels visant à assurer ces fonctions dans l'expérience américaine. Le concept de révision constitutionnelle est, comme nous l'avons montré, un des éléments clés de ces arrangements. Nous avons poursuivi notre réflexion sur la définition de la situation d'urgence. Le point le plus important de ce concept est la distinction entre état d'urgence et état d'exception. Cette distinction conceptuelle nous permet de penser des moyens autres que l'abandon pur et simple des normes lorsque survient une situation d'urgence.

⁴⁷ Nous suivons l'article *Terrorism* de la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*: « The performance of violent acts, directed against one or more persons, intended by the performing agent to intimidate one or more persons and thereby to bring about one or more of the agent's political goals (Bauhn 1989: 28). (...) The tactic of intentionally targeting non-combatants [or non-combatant property, when significantly related to life and security] with lethal or severe violence ... meant to produce political results via the creation of fear (Coady 2001: 1697). (...) The deliberate use of violence, or threat of its use, against innocent people, with the aim of intimidating some other people into a course of action they otherwise would not take (Primoratz 2004: 24). »

Nous avons rapidement mentionné que la Constitution avait pour fonction d'assurer la liberté des citoyens. Le prochain chapitre aura pour but de montrer comment les institutions formelles sont insuffisantes pour assurer la légitimité du pouvoir de révision constitutionnelle par les juges de la Cour suprême. Nous verrons ensuite comment les théories d'interprétations constitutionnelles courantes sont fondées sur une conception déficiente de la liberté. Nous prendrons pour exemple la thèse pragmatique et économique de Richard A. Posner, Eric A Posner et Adrian Vermeule.

Nous reviendrons au quatrième chapitre sur la conception de la Constitution comme garantie de la liberté des citoyens telle qu'elle était comprise dans la période de réflexion constitutionnelle américaine. Nous montrerons à ce moment que la conception de la liberté, très proche du concept de liberté comme non-domination défendu par Philip Pettit, était bien différente de celles que les théoriciens constitutionnels utilisent aujourd'hui. Nous poursuivrons alors cette réflexion en montrant les implications, que nous croyons heureuses, de l'adoption de cette conception révolutionnaire de la liberté. Finalement, nous proposerons plus spécifiquement des modifications institutionnelles qui nous permettraient d'incarner ces idéaux révolutionnaires.

Chapitre 2 : Les institutions formelles

Au fondement de la Constitution

La Constitution occupe une place centrale dans la pensée politique américaine, car elle est l'acte fondateur, la cause de l'arrangement des diverses fonctions et la loi fondamentale du système politique, elle est de nature descriptive et prescriptive.⁴⁸ En effet, c'est elle qui organise le gouvernement en ses différentes branches et qui fournit aux citoyens la garantie de certains droits grâce au *Bill of Rights*. Les arrangements institutionnels et les droits inscrits dans la Constitution ont pour fonction première de préserver la liberté des citoyens. Nous reviendrons sur ce point dans le troisième chapitre, mais il suffit de dire pour l'instant que tant la séparation des pouvoirs que le *Bill of Rights* ont pour fonction, chacun à leur manière et selon des justifications différentes, d'assurer la liberté du peuple. Nous voulons montrer dans cette section comment les arrangements institutionnels de la République américaine entraînent la question de l'arbitraire du pouvoir judiciaire.

La conformité des actions des diverses branches du gouvernement à la Constitution est assurée par le pouvoir judiciaire. Le pouvoir de se prononcer sur tous les cas *advenant sous la Constitution* est conféré à la Cour suprême: « The judicial power shall extend to all cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the laws of the United-States and treaties made, or which shall be made under their authority. »⁴⁹ L'acte de juger les cas *advenant sous la loi* est le rôle traditionnel de la branche judiciaire qui est de porter un jugement sur la conformité d'une action en regard des lois établies. Parallèlement, en octroyant à la magistrature le pouvoir de se prononcer sur les cas *advenant sous la Constitution*, on lui demande de se prononcer sur l'adéquation d'une action du gouvernement ou d'une loi en regard de la Constitution. Par contre, le concept de révision constitutionnelle (*judicial review*), c'est-à-dire le pouvoir des juges de se prononcer sur la conformité à la Constitution des actes ou des lois des branches concurrentes, n'y est pas explicitement inscrit. En effet, une certaine distance existe entre la pratique de la révision constitutionnelle, qui ne trouve sa consécration qu'en 1803 dans le jugement *Marbury vs*

⁴⁸ « A Constitution is, in fact, and must be regarded by the judges as a fundamental law » James Madison, Alexander Hamilton, John Jay, *The federalist Papers*, Londres, Penguins Book, Penguins Classics. 1987. No. 78, p.439.

⁴⁹ *United States Constitution*, Art. 3, sect. 2.

Madison, et le texte de la Constitution. Afin de mieux comprendre ce qu'entendaient les pères fondateurs par ce pouvoir et d'explicitier l'enjeu qui nous intéresse, il est utile de se référer aux débats de la convention de 1787 qui accouchèrent de la Constitution ainsi qu'aux textes des *Federalist Papers* concernant le pouvoir judiciaire. Nous y trouverons la source du problème qui nous intéresse soit celui de l'arbitraire du pouvoir d'interprétation des juges en matière constitutionnelle.

Il est pertinent de noter que la première version de l'article portant sur le pouvoir de la branche judiciaire soumise à débat n'incluait ni la notion de juger selon l'équité ni le pouvoir de juger les cas advenant sous la Constitution, qui furent toutes deux des propositions de William Samuel Johnson du Connecticut.⁵⁰ De plus, ces deux éléments ne semblent pas avoir divisé les participants au moment de la convention.⁵¹ Pourtant, et c'est ce que nous voulons démontrer, ce sont ces deux éléments qui, conjointement, entraînent le problème de l'arbitraire du pouvoir des juges.

En effet, la conséquence de ces ajouts est double : il augmente l'étendue du pouvoir judiciaire et la discrétion de la magistrature. Il augmente l'étendue du pouvoir de la branche judiciaire en l'autorisant à parler au nom de la Constitution et, parce que la Constitution est la loi fondamentale, à déclarer nul les lois et actions qui y sont contraires. En somme, la Constitution octroie à la branche judiciaire le pouvoir d'infirmer les décisions de l'organe législatif. De plus, en insistant sur le fait que les juges doivent juger selon l'équité en plus de la loi, ces derniers ne sont plus légalement contraints à ne juger que la conformité littérale de la loi à la Constitution, mais doivent aussi évaluer la loi du point de la justice.⁵²

Toutefois, comme Grotius le reconnaissait, cette pratique est nécessaire vu la nature positive des lois : « *lex non exacte definit, sed arbitrio boni viri permittit* »⁵³. L'ajout du critère de l'équité suppose l'éloignement d'une conception positive et moderne du droit qui considère la promulgation de la loi par l'Assemblée législative une source de légitimité pour s'inscrire dans une autre tradition qui ne considère une loi légitime que si elle est

⁵⁰ <http://bioguide.congress.gov/scripts/biodisplay.pl?index=J000182>, consulté le 4 décembre 2007

⁵¹ James Madison, *Records of the Federal Convention*, 27 août 1787 cité dans Philip B. Kurland et Ralph Lerner (éd.), *The Founder's Constitution, Volume four*, Chicago et Londres, The University of Chicago Press, p. 224-225

⁵² William Blackstone, *Commentaries*, vol 3. P. 68-70 cité Philip B. Kurland et Ralph Lerner (éd.), *The Founder's Constitution, Volume four*, Chicago et Londres, The University of Chicago Press, p. 217

⁵³ Grotius cité dans William Blackstone, *Commentaries*, vol 3. P. 68-70 cité Philip B. Kurland et Ralph Lerner (éd.), *The Founder's Constitution, Volume four*, Chicago et Londres, The University of Chicago Press, p. 216

juste.⁵⁴ Le jugement selon l'équité est en fait fondé sur une fiction. Juger selon l'équité signifie interpréter les lois et la Constitution à l'aune de l'intention d'un législateur idéal et d'abroger la loi si elle va à l'encontre du principe d'équité ou de l'ignorer lors d'un jugement si la loi n'est pas équitable.⁵⁵ En ce sens, la légitimité de la loi n'est pas simplement issue de son origine populaire, mais elle doit aussi respecter un principe de justice comme équité. C'est lorsqu'une loi populaire ne respecte pas ce principe d'équité qu'il revient aux juges de l'abroger ou de l'ignorer.

Afin de limiter le pouvoir de la branche législative et pour éviter l'application parfois injustes de lois générales à des cas particuliers, les pères fondateurs devaient donner un pouvoir accru aux juges.⁵⁶ Ils devaient leur conférer un certain pouvoir discrétionnaire qui, comme le craignait William Henry Drayton (Caroline du sud), risquait de corrompre le régime républicain : « dans les républiques, la nature même de la Constitution requiert des juges qu'ils suivent la lettre de la loi » « afin que le peuple ne devienne pas l'esclave des magistrats. »⁵⁷. Or, le pouvoir de juger selon l'équité – qui implique une distance à l'égard du texte de la loi et de la Constitution et qui en outre repose sur une fiction – éloigne les législateurs de la loi.

Alexander Hamilton se pose en défenseur de la Constitution et particulièrement des pouvoirs accordés à l'organe judiciaire à travers les articles 78 à 83 des *Federalist Papers*. C'est à cette occasion qu'il glose, explique et défend ce qu'il comprend être le pouvoir judiciaire inscrit dans la Constitution. C'est aussi à ce moment qu'il répond aux craintes soulevées par William Henry Drayton et un grand nombre d'opposant à la Constitution. Si les arguments qu'il avance n'éliminent pas les doutes entourant la présence d'un pouvoir arbitraire chez les juges de la Cour suprême, la réflexion devra porter sur les théories d'interprétation constitutionnelle et leurs impacts sur la liberté. En effet, si la pratique de la révision constitutionnelle n'est pas suffisamment contrainte par les institutions formelles du gouvernement, on doit alors se fier aux théories interprétatives en tant qu'institutions informelles, pour contenir les juges dans leur pratique. Une contrainte institutionnelle

⁵⁴ Gordon S. Wood, *La création de la république américaine, 1776-1787*, Paris, Belin, 1991.: p.342 et p. 529

⁵⁵ « Equity then, in it's true and genuine meaning, is the soul and spirit of all law (...) In this, equity is synonymous to justice, in that, to the true sense and sound interpretation » William Blackstone, *Commentaries*, vol 3. P. 68-70 cité dans Philip B. Kurland et Ralph Lerner (éd.), *The Founder's Constitution, Volume four*, Chicago et Londres, The University of Chicago Press. p. 217

⁵⁶ Gordon S. Wood, *La création de la république américaine, 1776-1787*, Paris, Belin, 1991.: p. 354

⁵⁷ Gordon S. Wood, *La création de la république américaine, 1776-1787*, Paris, Belin, 1991.: p. 353

informelle suffisante pourrait éliminer leur pouvoir arbitraire pour en faire un pouvoir discrétionnaire.

Dans un premier temps, Hamilton reconnaît le pouvoir de révision constitutionnelle conféré aux juges de la Cour suprême : « courts of justice (...) must (...) declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void. »⁵⁸. Il existe deux problèmes distincts soulevés par la pratique de révision constitutionnelle : le premier est la supériorité du judiciaire sur le législatif et le second que le judiciaire se substitue au pouvoir législatif. Le premier danger met en péril, par définition, le projet républicain tandis que le second risque d'entraîner sa corruption imminente. L'octroi d'un pouvoir supérieur à la magistrature plutôt qu'au représentant du peuple cadre difficilement, arguent les opposants à la Constitution, avec l'idée de souveraineté populaire qui est au fondement du projet républicain américain.⁵⁹ Le second danger vient du fait que les juges, s'ils interprètent avec largesse la Constitution, ce que leur permettrait la clause de l'équité, risquent non plus d'appliquer ou même d'interpréter la loi, mais de la créer. Le premier péril est donc de nature principielle, un gouvernement républicain ne peut accepter la supériorité du judiciaire sur le législatif. Le second est prudentiel, on ne peut donner tant de pouvoir au judiciaire sans risquer la corruption du régime républicain fondé sur la séparation des pouvoirs.

Pourtant, au moment de la rédaction des textes constitutionnels, Hamilton se défendait bien de présenter un projet qui irait à l'encontre du gouvernement républicain. Dans un premier temps, il a démontré que la révision constitutionnelle était au centre de tout projet de Constitution limitée (*limited Constitution*). L'idée de Constitution limitée indique que le gouvernement institué est limité dans ses pouvoirs.⁶⁰ Car, comme l'effet ne peut être plus

⁵⁸ « First. To all cases in law and equity, ARISING UNDER THE CONSTITUTION and THE LAWS OF THE UNITED STATES. This corresponds with the two first classes of causes, which have been enumerated, as proper for the jurisdiction of the United States. It has been asked, what is meant by "cases arising under the Constitution," in contradiction from those "arising under the laws of the United States"? The difference has been already explained. All the restrictions upon the authority of the State legislatures furnish examples of it. They are not, for instance, to emit paper money; but the interdiction results from the Constitution, and will have no connection with any law of the United States. Should paper money, notwithstanding, be emitted, the controversies concerning it would be cases arising under the Constitution and not the laws of the United States, in the ordinary signification of the terms. This may serve as a sample of the whole. » James Madison, Alexander Hamilton, John Jay, *The federalist Papers*, Londres, Penguins Book, Penguins Classics. 1987. No. 80, p.446

⁵⁹ « We the people of the United States... » *United States Constitution*

⁶⁰ James Madison, Alexander Hamilton, John Jay, *The federalist Papers*, Londres, Penguins Book, Penguins Classics. 1987. No78, p.438

grand que la cause, le gouvernement ne peut avoir plus de pouvoir que la Constitution l'instituant :

« To deny this would be to affirm that the deputy is greater than his principal ; that the servant is above his master ; that the representative of the people are superior to the people themselves ; that men acting by virtue of powers may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid. »⁶¹.

Or, pour que le gouvernement soit limité par la Constitution, il faut qu'une instance dotée d'un certain pouvoir s'assure de la conformité des actes du gouvernement avec celle-ci. En effet, selon la maxime anglaise, il n'existe pas de droit sans recours. Ses contradicteurs ne peuvent donc pas s'attaquer légitimement au principe de la révision constitutionnelle. Ils peuvent par contre mettre en doute la pertinence de le confier au pouvoir judiciaire.

Les anti-fédéralistes, à défaut d'un meilleur terme pour regrouper les opposants à la Constitution de 1787, s'opposaient à ce que le pouvoir de révision constitutionnelle soit conféré aux juges, car ces derniers disposaient du pouvoir d'interpréter l'esprit de la Constitution.⁶² Par le fait même, ils posséderont non seulement un pouvoir supérieur à l'organe législatif, mais ce pouvoir sera arbitraire. En effet, « It is urged that the authority which can declare the acts of another void, must necessary be superior to the one whose acts may be declared void. »⁶³. En ce sens, le pouvoir judiciaire est supérieur au pouvoir législatif parce qu'il peut annuler une loi adoptée par ce dernier. De plus, ce pouvoir supérieur sera aussi arbitraire, car en interprétant la Constitution selon son esprit, ils seront prompts à l'erreur et ces erreurs seront incontrôlables et irrémédiables.⁶⁴ Si tel était le cas, il serait impossible de parler d'un régime républicain, car une minorité, les magistrats, posséderait un pouvoir supérieur et arbitraire sur le peuple et ses représentants.

Hamilton niait que le pouvoir des juges soit arbitraire ou qu'il soit supérieur au pouvoir législatif. En ce qui concerne l'arbitraire du pouvoir judiciaire, il affirmait qu'il n'est nulle

⁶¹ James Madison, Alexander Hamilton, John Jay, *The federalist Papers*, Londre, Penduins Book, Penguins Classics. 1987. No. 78, p.438

⁶² Herbert J. Storing et Murray Dry (éd.), *The complete anti-federalist vol. 1*, Chicago, Chicago University Press, 1981.

⁶³ James Madison, Alexander Hamilton, John Jay, *The federalist Papers*, Londre, Penduins Book, Penguins Classics. 1987. No. 78, p.438

⁶⁴ « the errors and usurpations of the Supreme Court of the United States will be uncontrollable and remediless. » James Madison, Alexander Hamilton, John Jay, *The federalist Papers*, Londre, Penduins Book, Penguins Classics. 1987. No. 81, p.451

part mention que les juges peuvent interpréter l'esprit de la Constitution.⁶⁵ Le pouvoir des juges n'est donc pas arbitraire, car il est soumis à la Constitution. Quant à la supériorité de la magistrature sur les représentants du peuple, il soutenait qu'en appliquant la Constitution, les juges affirment non pas leur propre pouvoir, mais bien celui de la Constitution. Or, la Constitution émanant du peuple, le seul pouvoir supérieur au pouvoir législatif est celui du peuple et non celui des juges. En dernière instance, il affirmait que si les juges possédaient véritablement un pouvoir arbitraire dans l'interprétation des lois, ils possèderaient ce pouvoir dans tous les tribunaux de tous les régimes. Ce ne serait donc pas un élément permettant de discriminer entre les régimes républicains et les régimes corrompus.

Le second danger, que le judiciaire se substitue au pouvoir législatif, entraînerait la disparition de la séparation des pouvoirs et donc la faillite du régime républicain.⁶⁶ Selon Hamilton, le danger est précisément le contraire de celui anticipé par les opposants au projet fédéraliste : « But it is easy to see, that it would require an uncommon portion of fortitude in the judges to do their duty as faithful guardians of the Constitution, where legislative invasions of it had been instigated by the major voice of the community. »⁶⁷ En effet, la branche judiciaire est la plus faible des trois branches, car là où l'exécutif possède la force et le législatif la volonté, le judiciaire ne possède que le jugement.⁶⁸ Il lui manque donc les moyens pour accomplir ses desseins. Or, sans les moyens d'actions, les juges ne représentent pas une menace à la séparation des pouvoirs. Ils ne pourront donc pas se substituer au pouvoir législatif.

Les arguments avancés par Hamilton sont-ils convaincants ? Nous croyons que ceux-ci ne répondent pas adéquatement au problème soulevé par les anti-fédéralistes. La question bien sûr n'est pas de savoir s'il devrait y avoir une révision constitutionnelle, mais bien par qui et comment elle devrait se faire. En effet, parce qu'il ne peut y avoir de droit sans recours, il ne peut y avoir de Constitution sans organe ayant pour fonction de la faire respecter. Ce qui est d'une importance certaine pour nous et pour les anti-fédéralistes est la question du

⁶⁵ « there is not a syllable in the plan under consideration which directly empowers the national courts to construe the laws according to the spirit of the Constitution » James Madison, Alexander Hamilton, John Jay, *The federalist Papers*, Londres, Penguins Book, Penguins Classics. 1987. No. 81, p.451

⁶⁶ Brutus, no. 12, 7-14 feb. 1788, cité dans Philip B. Kurland et Ralph Lerner (éd.), *The Founder's Constitution, Volume four*, Chicago et Londres, The University of Chicago Press. p. 236

⁶⁷ James Madison, Alexander Hamilton, John Jay, *The federalist Papers*, Londres, Penguins Book, Penguins Classics. 1987. No. 78, p.437

⁶⁸ James Madison, Alexander Hamilton, John Jay, *The federalist Papers*, Londres, Penguins Book, Penguins Classics. 1987. No. 78, p.437

qui et du comment. Qui devrait opérer la révision Constitutionnelle et comment devrait-elle se faire ?

Ce que William Henry Drayton et les anti-fédéralistes en général reprochèrent à la proposition des pères fondateurs résidait dans le pouvoir arbitraire des juges. En effet, s'ils craignaient que la magistrature ne soit plus puissante que le législatif, c'était parce qu'elle n'était pas soumise au pouvoir populaire. La magistrature possédait donc un pouvoir arbitraire sur le peuple par l'entremise de l'interprétation des lois. De même, quand ils craignaient que le pouvoir judiciaire ne se substitue au pouvoir législatif, les opposants redoutaient en fait que le pouvoir arbitraire de la magistrature ne lui permette de passer outre les décisions prises par les représentants du peuple et, qu'en ce sens, le peuple lui soit soumis. Au fondement de l'argument se trouvait donc l'affirmation que les juges possèdent un pouvoir arbitraire auquel seul un mécanisme démocratique peut pallier.

Posséder un pouvoir arbitraire signifie pouvoir interférer selon son bon vouloir et avec impunité dans les choix d'une personne⁶⁹. Qui plus est, il existe deux types d'arbitraires : la procédure arbitraire et l'action arbitraire⁷⁰. On pourrait dire du premier cas que l'action est arbitraire par sa forme. C'est le cas lorsque des mécanismes décisionnels légitimes existent et sont court-circuités lors de la prise de décisions ou qu'ils n'existent tout simplement pas. L'action, même si elle est dans l'intérêt et selon la volonté de la personne concernée, est arbitraire car rien ne vient assurer ou garantir que tel sera toujours le cas. L'action arbitraire peut aussi l'être quant à sa matière c'est-à-dire qu'elle est arbitraire si son contenu ignore les intérêts des personnes concernées par la décision. La question qui se pose est la suivante : les juges possèdent-ils le pouvoir d'interférer selon leur bon vouloir et avec impunité dans les décisions prises par le législatif, dans les actions entreprises par l'exécutif, ou dans les choix du peuple ? Et si tel est le cas, l'arbitraire réside-t-il dans une procédure arbitraire ou dans une action arbitraire ?

Comme nous l'avons vu, Hamilton réfutait à la fois un argument prudentiel et un argument principiel. Est-ce que le temps a donné raison à ses arguments concernant la faiblesse de la branche judiciaire et la liberté dans l'interprétation de la Constitution par les juges de la Cour suprême ? En ce qui concerne l'argument prudentiel, nous croyons que la pratique

⁶⁹ Philip Pettit, *Freesom as antipower*. Ethics, vol. 106, n. 3, 1996. p. 578

⁷⁰ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004. p. 77-79

actuelle démontre bien la force de la branche judiciaire. Il suffit d'invoquer le jugement de *Roe vs Wade* qui décriminalise l'avortement pour s'en rendre compte. En effet, malgré le peu d'appui à ce jugement dans la population, dans l'exécutif et dans la législature, les différentes branches du gouvernement n'ont pas été en mesure de renverser cette décision. La force de la magistrature dans la pratique de la révision constitutionnelle (*judicial review*) a dépassé les attentes de Hamilton et des pères fondateurs. Il semble donc faux de dire aujourd'hui que celle-ci est la plus faible de toutes les branches du gouvernement, car elle seule a résisté aux attaques simultanées de l'exécutif, du législatif et à la pression populaire.

Pour ce qui est de l'argument principal, celui-ci soulignait l'absence de référence à l'esprit de la Constitution d'où Hamilton déduisait que les juges devaient interpréter la lettre de la Constitution et qu'en suivant la Constitution à la lettre, ils assuraient le pouvoir du peuple sur l'ensemble du gouvernement.⁷¹ Ainsi, le pouvoir de la magistrature ne menace pas la séparation des pouvoirs ni ne fait de la branche judiciaire une branche supérieure au législatif. Le pouvoir de prendre des décisions contre majoritaires, c'est-à-dire qu'une minorité, ici les juges, renverse la décision d'une majorité, le peuple ou ses représentants, affirme au contraire la supériorité du peuple sur l'ensemble du gouvernement. Il est vrai que la magistrature ne possède pas nécessairement un pouvoir arbitraire sur le peuple. En effet, du point de vue de la décision, si elle respecte l'étendue des pouvoirs et les droits inscrits dans la Constitution, nous sommes en droit d'affirmer que la magistrature ne possède pas un pouvoir arbitraire.

Mais la véritable question est la suivante : qu'est-ce qui force la magistrature à se conformer à la Constitution, bridant ainsi son pouvoir et prévenant son arbitraire ? Existe-t-il des institutions, formelles ou informelles, contraignant la magistrature à agir de façon vertueuse et en accord avec la Constitution ? En d'autres termes : qu'est-ce qui contraint les juges à ne pas agir selon leur bon vouloir et avec impunité et peut-être au mépris du bien commun ? Si les juges peuvent ignorer la Constitution qui est garante de la liberté du peuple, le peuple devient alors leur esclave. Si le fait de ne pas être arbitraire repose entièrement sur la bonne volonté des individus, nous sommes en droit de qualifier ce pouvoir d'arbitraire par définition, car ils agissent alors selon leur volonté et avec impunité.

⁷¹ Il n'est pas nécessaire à la démonstration de prouver la présence d'une référence à l'esprit de la Constitution qui surgit par le truchement du jugement selon l'équité (voir William Blackstone, *Commentaries*, vol 3. P. 68-70 cité dans Philip B. Kurland et Ralph Lerner (éd.), *The Founder's Constitution, Volume four*, Chicago et Londres, The University of Chicago Press. p. 217 ; *United States Constitution*, article 3, section 2) bien que nous désirions en faire mention.

Ce qui est en jeu ici est l'essence même du constitutionnalisme qui, sous la forme du gouvernement limité, assure la liberté du peuple. En effet, si les juges ne sont pas contraints par des institutions formelles ou informelles, tout porte à croire qu'ils possèdent un pouvoir arbitraire. S'ils possèdent un pouvoir arbitraire, comment serons-nous assurés qu'ils seront à même de préserver les libertés civiles en situation d'urgence alors qu'eux-mêmes représentent des menaces à cette liberté ? C'est pourquoi il faut, d'une part étudier les institutions formelles et informelles afin de voir si elles assurent cette contrainte nécessaire. Si tel n'est pas le cas, il faudra proposer des institutions formelles et informelles permettant généralement de réduire le pouvoir arbitraire de la magistrature tout en assurant notre projet particulier, celui de protéger les libertés civiles en situation d'urgence.

Les contraintes institutionnelles formelles

Comme nous le mentionnons, il existe deux types d'institutions contraignant la pratique de la révision constitutionnelle : les institutions formelles et les institutions informelles. Au nombre des institutions formelles, nous pouvons compter la Constitution, la procédure de destitution que possèdent les chambres législatives et le pouvoir de nomination exercé conjointement par le pouvoir exécutif et le Sénat⁷². La capacité de contrainte qu'opère la Constitution est principalement symbolique et ne suffit pas à éliminer la présence d'un pouvoir arbitraire. En effet, la question est : « *Quis custodiet ipsos custodes ?* » et la réponse : rien ni personne. Bien sûr, le texte de la Constitution limite la liberté d'interprétation de la magistrature, elle laisse tout de même une importante discrétion aux juges. La Constitution est particulièrement vague concernant les libertés qui y sont garanties. Que veut dire liberté d'expression, procès juste et équitable, châtiment cruel et inhabituel ou processus légal régulier (*due process*) ? C'est à ce niveau que les juges ne sont pas contraints. Bien qu'ils ne puissent, par exemple, interdire aux citoyens de porter des armes, ils peuvent tout de même encadrer ce droit. En effet, à l'extérieur d'une contradiction claire des provisions constitutionnelles, le champ laissé libre à l'interprétation est assez vaste.

En ce qui concerne le pouvoir de nomination et de destitution, nous croyons que ce sont des mécanismes qui ne contraignent pas suffisamment les juges pour s'assurer l'absence d'un pouvoir arbitraire. Le processus de nomination permet de choisir des juges vertueux qui

⁷² Pour la destitution : *United States Constitution*, article 3, section 1; pour la nomination : *United States Constitution*, article 2, section 2

souhaitent agir en conformité avec la Constitution, mais ce processus de sélection ne permet d'assurer que l'aspect matériel de la décision et non l'aspect formel. En effet, rien ne garantit qu'avec le temps, la vertu ne cédera pas sa place à la corruption. De plus, ce processus est orienté politiquement ce qui risque d'entraîner la nomination de juges interprétant la Constitution avec un projet politique précis en tête. Ce processus de contrainte *ex ante* est donc insuffisant et inadéquat.

Il est aussi possible pour l'exécutif, devant une Cour suprême récalcitrante, de nommer, avec le concours du Sénat, de nouveaux juges afin de modifier la proportion de juges sympathiques à leurs demandes.⁷³ Cette forme de contrainte n'est toutefois pas souhaitable, car, en plus de mettre grandement à mal l'institution de la révision constitutionnelle qui est nécessaire à tout projet de Constitution limitée, elle n'élimine que temporairement le problème de légitimité et ne le fait qu'*a posteriori*. Quant au processus de destitution, il partage avec la stratégie de la nomination de juges sympathiques à l'exécutif, le problème d'être *a posteriori*. En ce sens, l'action répréhensible sera déjà commise et cela n'empêche pas *a priori*, sinon par la crainte de déshonneur, les juges d'agir de façon arbitraire. De plus, la destitution d'un juge de la Cour suprême est un processus complexe qui ne s'est d'ailleurs jamais actualisé et rien ne garantit la bonne foi de l'exécutif à cet égard.

Nous pouvons en conclure qu'il n'existe pas d'institutions formelles qui permettent de contraindre suffisamment les juges à agir pour le bien commun. De plus, nous doutons que ces mesures, même prises conjointement, pèsent lourdement dans la conduite de la magistrature étant donné leur coût politique important. Cette démonstration a pour fonction de souligner le manque d'institutions formelles contraignant la magistrature et nous force à nous interroger sur les institutions informelles que sont les discours légitimant les décisions de la Cour suprême. Au cœur du problème qui nous intéresse se trouve la capacité des juges à préserver les libertés civiles, alors qu'ils sont eux-mêmes susceptibles d'exercer un pouvoir arbitraire sur le peuple.

Le second type d'institution qui permet de contraindre la magistrature est de nature informelle et est constitué des discours légitimant les décisions de la magistrature. Or, la diversité des théories interprétatives invoquées nous force à reconnaître qu'il n'existe pas

⁷³ C'est ainsi que Roosevelt parvint à contraindre la cour suprême à accepter son projet de New Deal. Louis Fisher, *Constitutional Dialogues, interpretation as political process*, Princeton University Press, Princeton, 1988. p. 209-215

de consensus en ce domaine, et ce tant parmi les juges de la Cour suprême que parmi les commentateurs. Par contre, si une théorie d'interprétation se voit fondée et utilisée par les juges, nous pourrions alors soutenir que le pouvoir n'est pas matériellement arbitraire, mais peut-être discrétionnaire, car il est contraint par une théorie d'interprétation légitime.⁷⁴ Tel est le projet auquel nous nous consacrerons.

Nous avons démontré que le problème de l'arbitraire de la Cour suprême n'est pas nécessairement lié aux situations d'urgence. Même dans le cours normal du gouvernement, la pratique de la révision constitutionnelle soulève des problèmes liés à sa légitimité. Seulement, en temps normal, les pressions sont moins importantes qu'en situation d'urgence. S'il y a, en situation d'urgence, une menace à la sécurité des citoyens, le réflexe, comme nous le voyons actuellement, est de tenter de limiter les libertés de ces mêmes citoyens. De plus, les pressions et les enjeux sont plus importants en situation d'urgence. En effet, ce n'est pas en temps normal que l'on penserait à suspendre les droits d'*habeas corpus* comme le fit Lincoln. Ce n'est pas sans une certaine menace que l'on penserait à enfermer les sino-américains dans des camps sur la côte ouest américaine. Il a fallu, d'une part, la guerre de Sécession et, d'autre part, le bombardement de Pearl Harbor pour venir justifier de telles mesures.⁷⁵ Ce que nous désirons souligner est que, dans une période de guerre et de menace constante, la pression sur les libertés est plus grande qu'en période normale et la question que nous nous posons est d'autant plus pressante que la menace est présente.

⁷⁴ Philip Pettit, *Republicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, nrf essais, Gallimard, 2004. p. 237

⁷⁵ Geoffrey R. Stone, *War and Liberty, an american dilemma : 1790 to the present*, New-York W. W. Norton & Company, 2007.

Chapitre 3 : Les institutions informelles, constitutionnalisme et liberté

Introduction

La Constitution américaine a pour fonction de garantir la liberté de la population. Jusqu'ici, nous n'avions pas explicité cet élément et nous le réservons pour ce chapitre qui porte précisément sur les théories d'interprétation constitutionnelle américaines. Nous établirons le lien entre Constitution et liberté dans la pensée anglo-américaine du 18^{ème} siècle et plus précisément dans la tradition américaine.

Nous interrogerons d'abord le lien entre liberté et Constitution pour ensuite définir le concept de liberté qui est au centre de l'interprétation constitutionnelle américaine actuelle, fer de lance de l'argument sécuritaire et donc de la thèse de la balance. Notre projet est d'exposer le lien entre le concept de liberté comme non-interférence et les théories d'interprétation constitutionnelles. Cette démonstration nous permet d'affirmer que si les juges de la Cour suprême conservent une conception de la liberté comme non-interférence, ils ne peuvent éviter l'évaluation comparative et conflictuelle des demandes de liberté et de sécurité au centre de la thèse de la balance. Nous montrerons ensuite brièvement les failles propres à quatre autres thèses qui tentent de s'éloigner de l'argument sécuritaire : une thèse déontologique, une thèse communautarienne, une thèse libérale et un argument légaliste.

De façon programmatique, nous établirons d'abord le lien entre Constitution et liberté. Nous démontrerons ensuite le rapport entre la liberté comme non-interférence et la thèse de la balance. Afin d'établir ce premier lien, nous commencerons par exposer la pensée de Hobbes, porte-étendard du concept de liberté comme non-interférence.⁷⁶ Nous reprendrons ensuite le chemin du débat contemporain en présentant la pensée d'Isaiah Berlin sur la liberté. Après avoir défini ce que signifie dans un premier temps la liberté négative et plus précisément la liberté comme non-interférence, nous étudierons la position constitutionnelle de Richard A. Posner en situation normale et celle de Eric A Posner et Adrian Vermeule en situation d'urgence.

Notre projet dans ce chapitre est de montrer une des faiblesses de l'argument sécuritaire qui réside dans le concept de liberté, pivot de l'interprétation constitutionnelle américaine. En

⁷⁶ Berlin « Two concept of liberty » dans *Freedom, A philosophical anthology*, ed Matthew H. Kramer, Ian Carter et Hillel Steiner, Singapour, BlackWell Publishing, 2007. p. 40

effet, l'adoption d'un tel concept semble parfaitement contingent et les conséquences sont pourtant importantes. Si l'adoption d'un concept de liberté compris comme une absence d'interférence est purement contingent et ne peut être justifier par ses effets bénéfiques, nous proposons qu'il soit mis de côté afin d'étudier une autre conception dont les conséquences seraient plus heureuses. Dans un premier temps, la liberté comme non-interférence implique la thèse de la balance. La liberté comme non-interférence n'est pas liée à un type de régime particulier. Le pluralisme que permet cette conception de la liberté peut être nécessaire à la liberté constitutionnelle, comprise en son sens large, mais n'est certainement pas suffisant au régime républicain. En ce qui a trait aux propositions alternatives, nous verrons qu'elles ne parviennent pas à promouvoir l'objectif de la préservation des libertés, car elles adoptent le même concept de liberté, un concept de liberté positif inadéquat ou un concept de type légaliste qui est vide de sens. Dans le chapitre suivant, nous montrerons comment une autre conception de la liberté, la liberté comme non-domination, conçoit le problème de l'interprétation constitutionnelle en situation d'urgence. Nous soutenons qu'elle évite la question embarrassante pour toute personne soucieuse de la préservation des libertés civiles en situation d'urgence de l'évaluation conflictuelle des demandes de liberté et de sécurité tout en ne proposant pas une version positive de la liberté.

Constitution et liberté

Le concept de Constitution était compris comme synonyme de liberté dans la pensée anglo-américaine du 18^{ème} siècle.⁷⁷ Nous verrons précisément au chapitre suivant de quelle conception de la liberté il s'agit. Pour l'instant, il suffit de dire que le concept de « Constitution » rassemble les deux idées d'empire du droit et de sécurité.⁷⁸ L'empire du droit garantit que le pouvoir n'est pas arbitraire, mais qu'il s'applique bien uniformément à tous par l'entremise de lois générales et stables. Le concept de sécurité, quant à lui, doit être compris comme la capacité de jouir sans *possibilité* d'interférence de sa personne et de ses biens.⁷⁹ La Constitution, en assurant l'empire des lois et la sécurité, est l'outil limitant le

⁷⁷ John Phillip Reid, *The concept of liberty in the age of the american revolution* Chicago et Londres, The university Press of Chicago, 1988, p. 74

⁷⁸ John Phillip Reid, *The concept of liberty in the age of the american revolution* Chicago et Londres, The university Press of Chicago, 1988, p. 74-77

⁷⁹ Le concept de liberté était étroitement lié à la capacité d'autonomie de l'individu qui est assuré par la possession d'un minimum matériel. John Phillip Reid, *The concept of liberty in the age of the american revolution*, Chicago et Londres, The university Press of Chicago, 1988.p. 23

pouvoir du gouvernement. Ainsi, le pouvoir est conçu comme l'antithèse de la liberté. En ce sens, la Constitution est toujours, pour le projet du constitutionnalisme, une Constitution ayant pour projet de brider le pouvoir et donc d'assurer la liberté. Pour être plus précis, les concepts de pouvoir et de liberté font partie d'une triade de concept. La liberté qui est le moyen terme est recherchée, mais les deux extrêmes, le pouvoir et la licence, représentent d'une part son absence et de l'autre son abus. La Constitution a pour fonction de limiter l'exercice de la liberté pour ne pas qu'elle bascule dans la licence et de la prévenir contre le pouvoir qui l'abolirait : « Liberty needed the balance of power as much as power needed the balance of Liberty. »⁸⁰.

Le second élément établit un lien direct entre la Constitution américaine et le désir de préserver la liberté. Le lien entre liberté et Constitution est clairement établi dans le préambule à la Constitution de 1787. Il y est écrit que :

« We the people of the United States in order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and *secure the Blessing of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution* for the United States of America. »⁸¹

En somme, afin de s'assurer les bienfaits de la liberté, de promouvoir le bien-être général et la sécurité, le peuple des États-Unis adopte cette Constitution qui assurera une meilleure union. La Constitution a, entre autres, pour fonction de préserver la liberté et la sécurité des citoyens. La Constitution préserve la liberté du peuple contre les deux menaces que sont les puissances extérieures et le gouvernement. C'est pour se prémunir du second péril que le peuple, par l'entremise de la Constitution, limite le pouvoir du gouvernement et établit une structure fédérale.⁸² C'est le projet descriptif de Constitution, couplé au principe normatif de souveraineté populaire, qui est la source de la contrainte et qui instaure un gouvernement limité dans ses pouvoirs. La contrainte est assurée par la forme du gouvernement, organisée selon les principes de la séparation des pouvoirs, et par les droits substantifs qui y sont

⁸⁰ John Phillip Reid, *The concept of liberty in the age of the american revolution* Chicago et Londres, The university Press of Chicago, 1988, p. 77 ; il est intéressant de noter la similitude entre cette compréhension de la liberté et la tension interne au concept d'empire des lois explorée en introduction. Cela indique que la question du pouvoir et de la loi était, à tout le moins intuitivement, comprise au 18^{ème} siècle.

⁸¹ *United States Constitution*

⁸² Il serait possible d'arguer que la limitation du pouvoir sert aussi à se prémunir des dangers extérieurs en invoquant d'une part la thèse de la paix entre les régimes démocratiques et ensuite en invoquant le souci que nous croyons proprement républicain, mais qui mériterait d'être démontré ailleurs, du lien entre politique interne et politique externe. En ce sens, le gouvernement limité contraint le pouvoir exécutif dans sa recherche de gloire guerrière, permettant ainsi de protéger le citoyen de la guerre. Sur ce dernier point voir l'organisation romaine entre consul *domi* et *imperium*, la division lockéenne de l'exécutif et du pouvoir fédératif et les mots de Machiavel sur l'utilisation de la guerre externe pour préserver son pouvoir.

inscrits, principalement le *Bill of Rights*. La forme du gouvernement et les droits qui sont inscrits dans la Constitution sont assurés par les juges de la Cour suprême. Ce sont les arbitres ultimes des différends. Le projet constitutionnel américain est donc intimement lié à la préservation des libertés. De plus, on retrouve ce souci de préserver la liberté tant dans la déclaration d'indépendance que dans les articles de la confédération.⁸³ Ces éléments suffisent à lier le projet constitutionnel américain avec l'aspiration à la liberté.

Liberté civile et liberté naturelle

La question qui découle naturellement de cette discussion est la suivante : de quelle liberté est-il question? Il faut tout d'abord distinguer entre deux types de liberté : la liberté civile et la liberté naturelle.⁸⁴ Le premier type de liberté est celui dont jouissent les individus dans leur association civile et le second fait référence à un moment présocial, hypothétique ou non.⁸⁵ Le premier est ordonné selon les lois de la nature, le second selon les lois positives.

Le type de liberté qui nous intéresse est celui dont jouissent les individus et les groupes dans la société civile. Par contre, ce concept de liberté civile est fortement influencé par le lien qu'il entretient avec celui de liberté naturelle. Deux conceptions de la liberté s'opposent dans le passage de l'état de nature à l'état civil. Le premier inscrit un saut qualitatif entre l'état de nature et la société civile, le second un saut purement quantitatif.

⁸³ Déclaration d'Indépendance : « We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. » ; Article III de la Confédération « for their common defense, the security of their liberties, and their mutual and general welfare, binding themselves to assist each other, against all force offered to, or attacks made upon them »

⁸⁴ Il aurait été intéressant, mais pas nécessairement pertinent, de s'interroger sur les justifications de la défense de la liberté. D'un premier coup d'œil, nous cernons trois justifications. Les deux premières proviennent de droits acquis dans l'État de nature. La première fait état de notre libre arbitre et en déduit que Dieu ou la nature ne nous aurait pas doté du libre arbitre s'il ne voulait pas que l'on en fasse usage. La liberté dans la société civile est donc la conséquence du libre arbitre. La seconde justification tient en la possession, par le biais de notre volonté, de la liberté que nous n'aliénons pas complètement par le contrat lors de notre entrée dans la société civile. C'est donc un bien que nous possédions et nous n'avons pas aliéner complètement par le contrat. Finalement, une thèse néo-romaine justifie la liberté en vertu de ses bienfaits pour l'État en prenant pour exemple la grandeur de la Rome républicaine. La liberté est ici considérée comme un bien premier. Quentin Skinner, *La liberté avant le libéralisme*, Paris, Édition du Seuil, 2000. p. 22-26 ; John Rawls, *Théorie de la justice*, Éditions du Seuil, 1997. p. 93 ; John Phillip Reid, *The concept of liberty in the age of the american revolution*, Chicago et Londres, The university Press of Chicago, 1988. p. 30 ; Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004.

⁸⁵ Chez Hobbes comme chez Locke, la question est à discuter. Chez le premier, le retour toujours possible à l'état de guerre de chacun contre chacun par la guerre civile ouvre cette possibilité. Pour Locke, certains argumentent, par l'utilisation de l'image des amérindiens dans le second traité du gouvernement, qu'il imaginait bien l'existence d'un tel état. Thomas Hobbes, *Léviathan*, Paris, Édition Sirey, Philosophie Politique, 1971. P. 126; James Tully, *An approach to political philosophy : Locke in context*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.

Pour le premier, la nature de la liberté est modifiée et n'est pas comprise comme une restriction de la quantité de liberté présociale.⁸⁶

Nous explorerons ici la seconde thèse qui se rattache aux développements hobbesiens de la liberté. Ce dernier est en effet l'instigateur du concept de liberté comme non-interférence. Ce concept de liberté, qu'il soit thématiqué ou non, est central aux décisions contemporaines des juges de la Cour suprême et est la cause des concessions à la liberté faites au nom de la sécurité. Nous montrerons en effet qu'à son fondement, ce type de liberté implique une concession en vue de la paix, pour se préserver de l'état de guerre de chacun contre chacun. En ce sens, il est le prélude à la thèse de la balance. Nous étudierons la seconde version, la liberté comme non-domination qui n'assimile pas la vie en société à une diminution de liberté au chapitre suivant. Nous montrerons à cette occasion que les juges de la Cour suprême pourraient invoquer ce second concept de liberté, la liberté comme non-domination, car elle est présente dans le thème interprétatif de l'histoire constitutionnelle américaine.

Hobbes : non-interférence et thèse de la balance

Hobbes définit la liberté de l'homme comme la possibilité de faire tout ce qu'il est naturellement habilité à faire s'il en a le désir et en témoigne la volonté : « un HOMME LIBRE est celui qui, s'agissant des choses que sa force et son intelligence lui permettent d'accomplir, n'est pas empêché de faire celles qu'il a la volonté de faire. »⁸⁷. Cette définition est négative car elle ne prescrit pas un contenu de l'agir, mais se concentre sur l'absence d'une contrainte.⁸⁸ Nous reviendrons un peu plus loin sur la définition de la liberté négative. De plus, cette conception de la liberté est matérialiste, atomiste, volontariste et synchronique. En effet, elle ne se soucie que de l'absence d'interférence matérielle à la volonté individuelle à un moment précis. Ainsi, la prévision d'une contrainte future, une menace intangible ou la restriction de l'accès à un bien social ne réduisent pas, selon Hobbes, notre liberté.

L'Homme est absolument libre dans l'état de nature, et ce conformément au droit naturel. Ce n'est que lorsqu'il entre dans la société civile qu'il voit sa liberté et l'étendue de son

⁸⁶ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais, 2004. p. 114 et p. 57-64

⁸⁷ Thomas Hobbes, *Léviathan*, Paris, Édition Sirey, Philosophie Politique, 1971. p. 222

⁸⁸ Gerald C. MacCallum Jr, « Negative and Positive Freedom » dans *Freedom, A philosophical anthology*, ed Matthew H. Kramer, Ian Carter et Hillel Steiner, Singapour, BlackWell Publishing, 2007. p. 70-78

droit diminuée. Cette restriction à la liberté naturelle de l'homme est le but explicite de la loi civile en ce qu'elle restreint « le droit de tous sur toute chose »⁸⁹ en fonction d'assurer la paix. En ce sens, Hobbes écrit : « le droit de nature, c'est-à-dire la liberté naturelle de l'homme, peut être amoindri et restreint par la loi civile : et même, la fin de l'activité législative n'est autre que cette restriction, sans laquelle ne pourrait exister aucune espèce de paix. »⁹⁰. Nous comprenons qu'il y a opposition entre la liberté et la paix, garantie par l'activité législative, en ce que la loi constitue une interférence au désir et à la volonté individuelle donc à la liberté. En somme, il est nécessaire de limiter la liberté au nom de la paix.

L'homme est libre dans l'état de nature, car il a un droit sur toutes choses. Or, le fait que chacun ait un droit sur toutes choses entraîne un état de guerre par les querelles qu'engendrent la rivalité, la méfiance et la fierté.⁹¹ C'est afin de se protéger de cet état de guerre que la liberté naturelle est limitée par les lois civiles de l'étendue nécessaire à l'établissement de la paix.⁹² La tâche principale du souverain est donc de limiter les libertés naturelles issues du droit naturel de l'homme afin d'assurer la paix et ce conformément aux lois de la nature c'est-à-dire vertueusement.

Pour Hobbes, le principe de la société civile n'est pas la liberté, mais bien un principe hétérogène : la paix. Il y a donc, au départ, une concession au principe de la liberté naturelle au nom de la paix. La paix pourrait nous sembler être une condition de la liberté, mais tel n'est pas le cas dans le schéma hobbesien. La paix est la condition de la sécurité qui permet le bonheur et la préservation de soi, pas la liberté : « La cause finale (...) que poursuivent les hommes (...) lorsqu'ils se sont imposés ces restrictions (...) c'est le souci de pourvoir à leur propre préservation et de vivre plus heureusement par ce moyen »⁹³. La paix et la sécurité sont des biens nécessaires au bonheur, mais la liberté ne l'est qu'accessoirement. Nous avons donc bel et bien affaire à deux principes concurrents. La loi, en tant qu'instrument du souverain, a pour fonction de contraindre la liberté naturelle et d'assurer

⁸⁹ Thomas Hobbes, *Léviathan*, Paris, Édition Sirey, Philosophie Politique, 1971 p. 285

⁹⁰ Thomas Hobbes, *Léviathan*, Paris, Édition Sirey, Philosophie Politique, 1971. p. 285

⁹¹ Thomas Hobbes, *Léviathan*, Paris, Édition Sirey, Philosophie Politique, 1971. p. 123

⁹² « La loi civile et la loi naturelle ne sont pas des espèces de lois différentes, mais des parties différentes de la loi : une partie de celle-ci, écrite est appelée loi civile, l'autre non-écrite, est appelée loi naturelle. » Thomas Hobbes, *Léviathan*, Paris, Édition Sirey, Philosophie Politique, 1971. p.285 ; François Tricaud, « Les lois de nature, pivot du système », dans Yves-Charles Zarka et Jean Bernhardt, *Thomas Hobbes, Philosophie première, théorie de la science, Politique*, Paris, Presse Universitaire de France, Léviathan, 1990. p. 271

⁹³ Thomas Hobbes, *Léviathan*, Paris, Édition Sirey, Philosophie Politique, 1971. p. 172

la paix en vue de la sécurité et du bonheur. Lorsque la paix est menacée, le souverain aura recours à la force de la loi limitant par le fait même la liberté, afin de restaurer la paix et la sécurité.

Or, la thèse de la balance repose précisément sur l'évaluation de principes concurrents. Dans le cas présent, afin de sortir de l'état de guerre caractérisé par une liberté naturelle ou absolue, et pour entrer dans la société civile, caractérisée par la paix, il faut céder une partie de notre liberté. Il y a donc un compromis à faire entre la liberté et la paix afin de garantir la sécurité de chacun. La conception de la liberté comme non-interférence telle qu'adoptée par Hobbes implique donc nécessairement une forme de la thèse de la balance. Il faut, en effet, justifier l'interférence des lois du gouvernement par un autre principe que celui de la liberté. Dans le cas présent, ce principe est la paix. En ce sens, la thèse de la balance sera toujours présente dans n'importe quelle théorie d'interprétation constitutionnelle, aussi longtemps qu'elle mobilisera ce concept de liberté comme non-interférence car l'étendue de la liberté dont jouissent les individus est toujours en fonction de la paix et de la sécurité qui doit être préservée. Nous montrerons que la conception de la liberté adoptée par les théories d'interprétation constitutionnelle dominante est celle de la non-interférence et que celle-ci implique la thèse de la balance.

La liberté comme non-interférence

Nous avons démontré que la conception de la liberté adoptée par Hobbes était celle de la non-interférence et que celle-ci était étroitement liée avec la thèse de la balance. En effet, la loi et l'action gouvernementale étant conçue comme une interférence nécessaire à l'établissement de la société civile, toute association civile a pour conséquence l'augmentation de l'interférence au nom d'un autre principe que la liberté, ici la paix et la sécurité, qui est nécessaire au bonheur.

Il est maintenant temps de montrer que la conception de la liberté comme non-interférence est répandue parmi les théories d'interprétation constitutionnelles et qu'elle sert de pierre de touche à l'évaluation des libertés civiles en situation d'urgence. En somme, ce que nous désirons démontrer est la permanence du schéma hobbesien entre la liberté comme non-interférence, la loi comme interférence nécessaire et la sécurité comme principe hétérogène constituant la société civile.

Pour arriver à notre fin, nous revisiterons rapidement les débats entourant la conception de la liberté négative chez Isaiah Berlin. Nous montrerons ensuite comment une conception différente de la liberté entraîne un projet politique particulier. Nous nous accorderons avec Berlin sur le concept de liberté négative, mais refuserons de soutenir que le seul concept de liberté négative possible est celui de la non-interférence. Nous définirons ce second concept de liberté négative, la liberté comme non-domination, au chapitre suivant.

Suite à cela, nous nous attaquerons à la thèse proprement dite de ce chapitre. Notre première tâche sera de montrer le concept de liberté central aux théories d'interprétation constitutionnelles, celui de non-interférence, et de le lier à la thèse de la balance. Nous étudierons ainsi quatre propositions sous forme de réponses à la thèse de la balance. Cette démonstration nous permet de faire un lien clair entre le concept de liberté, la théorie d'interprétation constitutionnelle et la préservation des libertés civiles en situation d'urgence. Nous verrons que ces réponses ne sont pas concluantes et nous tournerons ensuite vers la proposition de Philip Pettit.

Isaiah Berlin : liberté positive et négative

Les écrits de Berlin sur le concept de liberté sont incontournables pour les débats qui nous intéressent. Ce dernier soutient que deux grandes définitions de la liberté sont possibles : la liberté positive et la liberté négative. La première tradition est liée à des auteurs tels que Rousseau, Marx, Hegel et Herder ; la seconde est associée aux philosophes politiques anglais classiques et en premier chef à Hobbes.⁹⁴ Pour Berlin, comme pour Hobbes, un homme est libre « to the degree to which no man or body of men interferes with my activity. Political liberty in this sense is simply the area within which a man can act unobstructed by others. »⁹⁵. Berlin emploie le plus clair de l'article à démontrer en quoi la liberté positive entraîne des conséquences qui ne sont pas souhaitables. Nous rejoignons pleinement ses conclusions sur le sujet. Il nous semble en effet contradictoire d'affirmer du même souffle qu'un homme est libre et qu'il est forcé d'agir, même s'il agissait alors rationnellement, par un autre.⁹⁶ Il souligne trois caractéristiques de la liberté négative comme non-interférence. La première est que la justification de l'importance de la liberté

⁹⁴ Berlin « Two concept of liberty » dans *Freedom, A philosophical anthology*, ed Matthew H. Kramer, Ian Carter et Hillel Steiner, Singapour, BlackWell Publishing, 2007. p. 40

⁹⁵ Berlin « Two concept of liberty » dans *Freedom, A philosophical anthology*, ed Matthew H. Kramer, Ian Carter et Hillel Steiner, Singapour, BlackWell Publishing, 2007. p. 39

⁹⁶ Berlin « Two concept of liberty » dans *Freedom, A philosophical anthology*, ed Matthew H. Kramer, Ian Carter et Hillel Steiner, Singapour, BlackWell Publishing, 2007. p.49-56

comme non-interférence ne devrait pas être conséquentialiste, mais bien déontologique : « non-interference, which is the opposite of coercion, is good as such, although it is not the only good. »⁹⁷. La seconde est que cette idée est récente, c'est-à-dire qu'elle date au mieux de l'époque de la réforme.⁹⁸ La troisième caractéristique est que la liberté comme non-interférence n'est pas nécessairement liée à une forme de gouvernement particulier. En ce sens, la liberté est compatible avec des régimes autocratiques ou démocratiques.⁹⁹

Pour notre propos, il est important de noter que Berlin, tout comme Hobbes, souscrit à la thèse de la balance. En effet, dans la société l'homme ne peut jamais demeurer totalement libre.¹⁰⁰ Il y a, à la source de la société, un conflit entre divers principes :

« Yet it remains true that the freedom of some must at times be curtailed to secure the freedom of others. Upon what principle should this be done ? If freedom is a sacred, untouchable value, there can be no such principle. One or other of these conflicting rules or principles must, at any rate in practice, yield (...) Still, a practical compromise has to be found. »¹⁰¹

Contrairement aux apparences, nous avons affaire ici à deux concepts différents regroupés sous le nom de liberté. Le premier est le concept de liberté hobbesien et le second un concept de sécurité. Dire qu'il faut brimer la liberté absolue de certains afin d'assurer celle des autres, c'est dire qu'il faut interférer dans les actions de certains pour qu'ils n'interfèrent pas dans les actions d'autres personnes. Or, être protégé de l'interférence possible d'autrui signifie être en sécurité. Il y a donc deux concepts distincts et qui ne sont pas assimilables l'un à l'autre. Le premier est le concept de liberté hobbesien qui est contraint afin de permettre la jouissance d'une forme de sécurité. Le premier est synchronique, en ce qu'il traite d'interférences actuelles ; et le second est diachronique, en ce qu'il repose sur la possibilité d'interférences. Le concept de liberté comme non-interférence est par nature synchronique. En effet, s'il considère que la liberté comme non-interférence est compatible avec un régime autocratique, c'est précisément parce que le régime autocratique, bien qu'il ait la possibilité de poser des obstacles à notre volonté, peut

⁹⁷ Berlin « Two concept of liberty » dans *Freedom, A philosophical anthology*, ed Matthew H. Kramer, Ian Carter et Hillel Steiner, Singapour, BlackWell Publishing, 2007. p. 42

⁹⁸ Berlin « Two concept of liberty » dans *Freedom, A philosophical anthology*, ed Matthew H. Kramer, Ian Carter et Hillel Steiner, Singapour, BlackWell Publishing, 2007. p. 43

⁹⁹ Berlin « Two concept of liberty » dans *Freedom, A philosophical anthology*, ed Matthew H. Kramer, Ian Carter et Hillel Steiner, Singapour, BlackWell Publishing, 2007. p.43-44

¹⁰⁰ « We cannot remain absolutly free, and must give up some of our liberty to preserve the rest. » Berlin « Two concept of liberty » dans *Freedom, A philosophical anthology*, ed Matthew H. Kramer, Ian Carter et Hillel Steiner, Singapour, BlackWell Publishing, 2007. p. 42

¹⁰¹ Berlin « Two concept of liberty » dans *Freedom, A philosophical anthology*, ed Matthew H. Kramer, Ian Carter et Hillel Steiner, Singapour, BlackWell Publishing, 2007. p. 41

ne pas le faire. Il peut être, en ce sens, bon prince comme le maître qui n'interfère pas dans la vie de son esclave est bon maître. Or, le fait de protéger quelqu'un contre une interférence possible, relève d'un autre concept de liberté que nous explorerons au chapitre suivant, le concept de liberté comme non-domination.

Comme Berlin le soutient, la liberté n'est pas le seul bien. En ce sens, il y a deux principes concurrents dont il faut évaluer l'importance. Il faut une part de liberté et une part de sécurité. L'évaluation de ces principes conflictuels est précisément ce qui décrit la thèse de la balance. En ce sens, nous pouvons affirmer que la thèse de la balance se trouve dans la pensée de Berlin et qu'elle est liée au concept de liberté comme non-interférence.

Théories constitutionnelles et liberté

Nous pouvons maintenant étudier les liens qu'entretiennent la conception de la liberté et les théories d'interprétation constitutionnelle. Plus particulièrement, nous nous concentrerons dans un premier temps sur les liens qu'entretient la théorie d'interprétation pragmatique de la Constitution américaine et le concept de liberté et dans un deuxième temps le concept de liberté et la préservation des libertés en état d'urgence. Nous présenterons dans un premier temps cette théorie d'interprétation constitutionnelle en temps normal pour ensuite passer à son application en situation d'urgence.

Nous ne pouvons être exhaustif dans la présentation des théories d'interprétations constitutionnelles. Nous avons choisi de présenter des auteurs qui sont représentatifs de la classification de l'allocation du pouvoir en état d'urgence et qui marquent le débat actuel. Il est important de noter que la classification que nous proposons épuise l'éventail des options possibles dans l'allocation des compétences institutionnelles. Par contre, elle n'épuise pas les justifications de l'allocation aux diverses institutions. Une telle entreprise, bien qu'elle soit d'un intérêt certain, dépasserait largement le cadre de cette réflexion.

Nous traiterons dans un premier temps en profondeur de la thèse de Posner, père et fils, et d'Adrian Vermeule. Ils s'attaquent précisément à la prétention des philosophes et des théoriciens de la loi de pouvoir se prononcer sur les décisions à prendre en situation d'urgence. Ces derniers professent un pragmatisme radical qui implique la thèse de la balance. Cette thèse, bien que radicale, est au fondement des demandes de l'exécutif en situation d'urgence. Nous traiterons ensuite de quatre réponses à cet argument : une réponse déontologique, où nous mobiliserons Kant, une réponse communautarienne, où nous

invoquerons Benjamin Barber, une réponse libérale que nous propose Ronald Dworkin et une réponse légaliste avancée par Bruce Ackerman. Nous verrons qu'aucune de ces réponses ne permet de contrer l'argument sécuritaire car elles sont toutes équipées d'un concept de liberté déficient. Nous sommes persuadés, suite à nos recherches, que ces auteurs sont représentatifs de la très grande majorité des commentaires sur le pouvoir de la magistrature en état d'urgence.¹⁰²

Posner, Posner et Vermeule

Afin d'exposer la thèse de la déférence, c'est-à-dire celle qui enjoint le pouvoir judiciaire d'appuyer les décisions prises par l'exécutif, nous aurons recours d'une part aux écrits de Richard A. Posner concernant la pratique normale du pouvoir judiciaire et ensuite à la pensée d'Eric A. Posner et Adrian Vermeule dans *Terror in the balance* qui y défendent explicitement la déférence. Nous devons avoir recours aux écrits de Richard A. Posner pour une théorie de la Constitution, car Eric A. Posner et A. Vermeule ne sont pas explicites sur le sujet. Toutefois, ces deux thèses sont parfaitement compatibles. En effet, à quelques détails près, les positions prises par R. A. Posner dans *Not a suicide pact*, qui porte sur le respect de la Constitution en état d'urgence, sont parfaitement compatibles avec la thèse de la déférence défendue par E. A. Posner et Vermeule. De plus, la défense de la déférence dans *Terror in the balance* semble être l'aboutissement logique de la pensée de R. A. Posner.

La pensée constitutionnelle de nos auteurs est clairement pragmatique. Nous verrons qu'en ce sens, un pouvoir discrétionnaire très important est octroyé aux juges de la Cour suprême, car ceux-ci défèrent la plupart du temps aux décisions de l'exécutif en situation d'urgence. Ce constat est couplé d'une analyse normative : « The real cause of deference to government in times of emergency is institutional : both congress and the judiciary defer to the executive during emergencies because of the executive's institutional advantages in speed, secrecy, and decisiveness. »¹⁰³.

¹⁰² Nous avons délibérément écarté de ces catégories les auteurs qui ne formulaient que des critiques soit partielles, portant sur des mesures particulières, soit générales sans pour autant proposer de façon de traiter les états d'urgence. En ce sens, nous prenons pour acquis une certaine position : 1) les situations d'urgence sont inévitables 2) les structures politiques doivent être en mesure de les traiter convenablement.

¹⁰³ Eric A. Posner et Adrian Vermeule, *Terror in the Balance, security, liberty, and the courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 16

Du point de vue légal, la Constitution américaine ne fait pas état de disposition légitimant la pratique de la déférence et elle n'octroie pas de pouvoirs spéciaux à l'exécutif en situation d'urgence. La clause octroyant au président le poste de commandant en chef des armées seule peut être interprétée comme lui conférant un pouvoir de cette espèce.¹⁰⁴ Il est communément accepté que le président a le droit de repousser des attaques sans pour autant attendre l'aval du congrès, mais la suspension des droits d'habeas corpus, la déclaration de guerre, la suppression d'insurrection ou la défense contre les invasions sont explicitement accordées au Congrès.¹⁰⁵ En ce sens, nos auteurs doivent être très créatifs dans l'interprétation de l'intention des pères fondateurs ou recourir à une interprétation évolutive de la Constitution. Ils opteront pour la seconde stratégie. Ils se donneront tout de même une certaine caution morale en affirmant que les pères fondateurs étaient des hommes pragmatiques.¹⁰⁶

En quelques mots, le fondement de la conception évolutive de la Constitution se trouve dans l'approche pragmatique de R. A. Posner. Il reconnaît d'une part la flexibilité du texte et le manque de contrainte qu'ont les juges dans l'adoption d'un type d'interprétation particulier. Il se propose de lire la Constitution comme un document économique, comme un contrat, ayant pour fonction la maximisation du bien-être de la population. Pour Posner, la maximisation économique est un bien premier, en ce sens qu'il est une condition de réalisation des biens de second ordre. La maximisation du bien-être est une condition de la liberté en ce sens qu'une augmentation du bien-être augmente aussi la liberté des individus par l'accroissement de l'éventail des choix disponibles. Conséquemment, l'efficacité est la valeur suprême de la maximisation des richesses, car elle permet une plus grande efficacité avec moins de ressource. En ce sens, il dérive de l'impératif d'efficacité la nécessité d'un État minimal. Le type de liberté défendue est celui de la non-interférence et la thèse de la balance est centrale à son interprétation. Maintenant que nous comprenons les grandes orientations de sa pensée sur le rôle des juges et de la Constitution, voyons le tout plus en détail.

¹⁰⁴ *United States Constitution*, art. 2 sect. 2

¹⁰⁵ *United States Constitution*, art. 1 sect. 8

¹⁰⁶ Richard A. Posner, *The Constitution as an economic document*, *George Washington Law Review*, vol. 56, n. 1, 1987.

Le pragmatisme de Posner

Posner, définissant sa pensée constitutionnelle a écrit « I consider myself a pragmatic economic libertarian. »¹⁰⁷. Le terme pragmatique est polysémique, mais c'est dans la tradition de Peirce et de Dewey qu'il l'emploie.¹⁰⁸ En ce sens, son pragmatisme est antifondationaliste, pratique, sceptique, conséquentialiste, relativiste et concret. Il décrit son approche pragmatique de la façon suivante :

« Pragmatism in the sense that I find congenial means looking at problems concretely, experimentally, without illusions, with full awareness of the limitations of human reason, with a sense of the « localness » of human knowledge, the difficulty of translations between cultures, the unattainability of « truth, » the consequent importance of keeping diverse paths of inquiry open, the dependence of inquiry on culture and social institutions, and above all the insistence that social thought and action be evaluated as instruments to valued human goals rather than ends in themselves. These dispositions (...) have no political valence. (1990, 465) »¹⁰⁹

Il s'inscrit dans la tradition de Peirce en ce qu'il considère plus important les conséquences d'une conception particulière que la chose en elle-même.¹¹⁰ Cette perspective lui permet de passer outre les débats complexes sur la légitimité de telle ou telle conception de la Constitution. Seules les conséquences positives de sa conception de la Constitution sont pertinentes. Le pragmatisme légal de Posner est en fait une forme de positivisme, c'est-à-dire qu'il refuse de justifier la loi par une théorie morale, sans toutefois postuler une séparation complète des champs de la loi et de la morale. Le pragmatisme de Posner est en effet compatible avec un pluralisme axiologique concernant les fins de l'activité humaine. Le pragmatisme qu'il défend est souhaitable, selon lui, d'un angle conséquentialiste, vu son effet bénéfique sur la maximisation du bien-être économique. Nous traiterons de cette justification un peu plus loin.

La Constitution vivante

Au fondement de tout argument visant à défendre une conception évolutive de la Constitution se trouve un constat de nécessité. Posner affirme d'une part que certaines

¹⁰⁷ Richard A. Posner, *Law and economic is Moral*, Valparaiso University Law Review, Vol. 24. Hiver 1990. p. 180

¹⁰⁸ Michael Rosenfeld, *Just Interpretation, Law between Ethics and politics*, Berkeley, The University of California Press, 1998. p. 160

¹⁰⁹ Michael Rosenfeld, *Just Interpretation, Law between Ethics and politics*, Berkeley, The University of California Press, 1998. p. 160-161

¹¹⁰ « Consider what effects that might conceivably have practical bearings we conceive the object of our conception to have. Then, our conception of these effects is the whole of our conception of the object. » Peirce, cité dans *Dictionnaire de philosophie*, PUF, p. 804

provisions de la Constitution sont vagues et d'autre part que leur signification originelle, si elle pouvait être retrouvée, ne saurait être adéquate. Une conception évolutive de la constitution est nécessaire à la thèse de la balance car cette dernière invite à revoir, en situation d'urgence ou lorsque la situation change, l'étendue des libertés accordées.

En ce qui a trait au flou des provisions constitutionnelles, certaines le sont plus que d'autres. On peut distinguer deux types de provisions : les règles et les standards.¹¹¹ Les règles ne sont pas juridiquement sujettes à interprétation. Par exemple, la règle déterminant que le président doit être âgé de plus de 35 ans, que chaque État a droit à deux représentants au Sénat, etc. Certaines provisions sont sciemment vagues telles que la liberté d'expression, le châtiment injuste et cruel ou la garantie d'une procédure régulière. Ce sont des standards qui doivent être évalués et déterminés en fonction des circonstances. Ces standards doivent être réinterprétés au fur et à mesure que les circonstances changent.

Le premier type de réinterprétation nécessaire est lorsqu'une nouvelle situation apparaît. L'exemple classique serait l'interdiction d'inspection et de saisie sans mandat dans l'ère électronique. Les pères fondateurs ne pouvaient prévoir de règles assurant le respect de la vie privée dans l'ère des courriers électroniques et des téléphones cellulaires. Le second type est lorsque l'interprétation des standards, tout comme certaines règles d'ailleurs, n'est tout simplement plus appropriée à la réalité.

Certaines règles doivent aussi être interprétées différemment. Par exemple, le droit de porter des armes ne peut être le même aujourd'hui qu'au moment fondateur. La menace, qu'elle soit externe ou interne, n'a plus la même importance. La pertinence de s'armer contre une possible invasion de l'Angleterre ou contre un gouvernement tyrannique n'est plus aussi actuelle. De plus, le type d'arme n'est plus le même. Finalement, ce droit était peut-être applicable dans une Amérique majoritairement rurale, mais avec l'augmentation de la population citadine, un tel droit se doit d'être restreint.¹¹²

Finalement, même s'il était possible de recouvrir aujourd'hui le sens original d'une provision ou d'un droit inscrit dans la Constitution, il ne serait pas sage de modifier notre compréhension de celle-ci en regard de cette découverte. En effet, la stabilité de la loi est

¹¹¹ Richard A. Posner, *The Constitution as an economic document*, *George Washington Law Review*, vol. 56, n. 1, 1987. p. 7

¹¹² *United States v. Miller*

une vertu en soi et les conséquences de la modification des institutions fondamentales fondée sur « a piece of brilliant historiography »¹¹³ n'est pas justifiable en termes de coût.

En somme, avec son caractère descriptif et prescriptif, la Constitution ne peut tout prévoir et elle doit être modifiée selon les contextes de son application : « *lex non exacte definit, sed arbitrio boni viri permitit* »¹¹⁴. Le contexte américain contemporain n'est pas le même qu'en 1789. La question qui se pose alors est l'identité de l'agent de ses changements. Selon Posner, entre les conventions constitutionnelles, les amendements explicites et les ajustements par la magistrature, le dernier choix est le plus responsable.¹¹⁵ Son argument maître s'inscrit dans une perspective institutionnelle et comparative clairement pragmatique. Comme nous l'avons dit, la stabilité des institutions est importante. Bien que la proscription du changement ne soit pas absolue, des changements importants et fréquents sont coûteux par leur effet déstabilisateur et l'incertitude de leurs conséquences. Lorsque l'on compare les moyens disponibles pour adapter la Constitution à la réalité actuelle, les conventions comme les amendements laissent une liberté totale aux agents de changement pour faire ce qu'ils désirent. Or, il y a des risques importants liés à l'innovation constitutionnelle et ce particulièrement lorsqu'ils n'ont aucune contrainte. L'avantage que possède la magistrature en regard des autres possibilités réside dans le fait qu'elle n'est pas absolument libre.¹¹⁶

En effet, la pratique de l'interprétation constitutionnelle est contrainte, bien que d'une manière très flexible, par le texte et le contexte de la Constitution mais aussi par deux principes importants : la modération judiciaire (*self-control*) et le *stare decisis*.¹¹⁷ La justification de ces deux principes d'interprétation constitutionnelle est économique et pragmatique. Le premier enjoint de ne pas pratiquer l'activisme judiciaire, c'est-à-dire de ne pas révoquer les actes des autres branches à moins de raisons très fortes. Ces raisons très

¹¹³ Richard A. Posner, *The Constitution as an economic document*, George Washington Law Review, vol. 56, n. 1, 1987.

¹¹⁴ Grotius cité dans William Blackstone, *Commentaries*, vol 3. P. 68-70 cité dans Philip B. Kurland et Ralph Lerner (éd.), *The Founder's Constitution, Volume four*, Chicago et Londres, The University of Chicago Press. p. 216

¹¹⁵ Richard A. Posner, *The Constitution as an economic document*, George Washington Law Review, vol. 56, n. 1, 1987. p. 36 ; Richard A. Posner, *Economics, Politics and the reading of statutes and the Constitution*, The University of Chicago Law Review, Vol. 49, n. 2, 1982. p. 282 ; Richard A. Posner, *Not a suicide pact, the constitution in a time of national emergency*, Oxford, Oxford University Press, 2006. p. 17-29

¹¹⁶ Richard A. Posner, *Economics, Politics and the reading of statutes and the Constitution*, The University of Chicago Law Review, Vol. 49, n. 2, 1982. p. 282

¹¹⁷ Richard A. Posner, *The Constitution as an economic document*, George Washington Law Review, vol. 56, n. 1, 1987. p. 36

fortes seraient une analyse des coûts et bénéfices largement en faveur du rejet de telles propositions. La raison pour laquelle on ne devrait pas pratiquer l'activisme judiciaire est que cette pratique va à l'encontre du pragmatisme défendu par Posner. En effet, pour ce dernier, le fait de rejeter des expériences sociales, sans pour autant en connaître les conséquences, prive les juges de data importants pour l'analyse qu'ils doivent, un jour ou l'autre, faire. En ce sens, agir de la sorte va à l'encontre de l'esprit scientifique du pragmatisme.

Cette conception du rôle des juges est aussi en accord avec sa conception de la Constitution qui prône, pour des raisons économiques, un état minimal. La magistrature en ce sens ne devrait se prononcer que sur des enjeux qui augmentent le pouvoir de l'État sans toutefois que cela ait pour effet d'augmenter le pouvoir de la magistrature.

Le principe de *stare decisis* quant à lui stipule qu'à moins de très bonnes raisons, les juges doivent se conformer aux précédents. Ce principe, d'abord fondé sur l'humilité que les juges devraient avoir en regard des décisions des autres juges, trouve aussi sa justification dans l'approche économique et pragmatique de Posner. En effet, la possibilité d'erreur et les coûts liés à la déstabilisation qu'une révision radicale de l'interprétation entraîne sont importants. C'est pourquoi il est sage, à moins de raisons probantes, de s'en tenir aux précédents. De plus, d'un point de vue pragmatique, une décision ayant été testée à maintes reprises et ayant subi l'épreuve du temps doit posséder quelques qualités. Le temps peut être une preuve de l'efficacité des mesures.

Globalement, la conception évolutive de Posner est fondée a) sur un constat : qu'il est nécessaire d'interpréter la Constitution, et b) une perspective normative : que la magistrature est la plus apte à adapter les provisions de la Constitution. Par contre, cette nécessité d'interpréter ne doit pas être conçue de manière absolue. En effet, les juges sont contraints, bien que d'une manière non nécessaire, par divers facteurs. D'abord, par le texte, le contexte et l'historique entourant la Constitution, ensuite par les deux principes que sont le *stare decisis* et la modération judiciaire. Finalement, la réputation et l'honneur des juges peuvent être des facteurs dans l'interprétation de la Constitution.

La Constitution économique

Équipé de cette marge de manœuvre dans l'interprétation et de son angle pragmatique, il soutient qu'il est possible et souhaitable d'adopter une conception économique de la

Constitution. Son argument comporte deux facettes. La première relève de la capacité de justifier certaines provisions de la Constitution telles que le fédéralisme et la séparation des pouvoirs de manière économique. La seconde constate tout simplement que derrière la rhétorique de l'interprétation de la Constitution et les justifications apportées aux décisions, les juges opèrent une évaluation des coûts et des bénéfices des divers faits à juger. La lecture de la Constitution comme un document économique n'est pas nécessaire, mais il est possible de le faire et c'est une lecture de ce type qui, selon Posner, entraîne les meilleures conséquences.

Comparer la Constitution à une forme de contrat n'est pas farfelu. En effet, les théoriciens du contrat ne sont pas étrangers à l'expérience constitutionnelle américaine. La Constitution est une sorte de contrat liant les gouvernés et les gouvernants. De plus, ce contrat est à durée indéterminée. La théorie économique peut nous informer sur ce sujet, car les théories du contrat y sont étudiées. Ce type de contrat est nommé contractualisme contingent, en ce que le contrat s'applique à des événements qui ne sont pas explicitement stipulés dans celui-ci.¹¹⁸ En effet, « Like a Constitution (...) a contract establishes a rule that is difficult to change yet is designed to govern the future. »¹¹⁹.

Le problème majeur de ce type de contrat est que des situations nouvelles et imprévues, telles des situations d'urgence, surviennent inévitablement et que le contrat n'est pas conçu de manière à y répondre explicitement. Même en étant prévoyant, le coût lié à la prédiction de toutes les situations possibles dans un contrat se rapproche de l'infini. En effet, parce que le type de situation pouvant survenir est illimité, les clauses à prévoir dans le contrat le sont elles aussi. Il est donc matériellement impossible de tout y prévoir.¹²⁰ À cet égard, trois façons de suppléer à ce problème sont disponibles. La première est la rupture et la renégociation du contrat. Or cela entraînerait des coûts prohibitifs et une plus grande incertitude dont la société pourrait se passer. La seconde est la recherche par un tiers parti, un juge, de l'intention des parties à la signature du contrat. Une telle chose devient de plus en plus difficile à mesure que le temps sépare le moment de la signature du moment de la

¹¹⁸ Richard A. Posner, *The Constitution as an economic document*, George Washington Law Review, vol. 56, n. 1, 1987.p. 6

¹¹⁹ Richard A. Posner, *The Constitution as an economic document*, George Washington Law Review, vol. 56, n. 1, 1987.p. 6

¹²⁰ Richard A. Posner, *The Constitution as an economic document*, George Washington Law Review, vol. 56, n. 1, 1987.p. 6

crise. En ce sens, il est difficile de demander à un juge d'imaginer l'entente qui serait survenue entre les parties s'ils avaient prévu l'événement imprévu.

Finalement, et c'est la situation adoptée aux États-Unis, il est possible de mandater quelqu'un pour être le représentant des contractants. En ce sens, le juge de la Cour suprême est le protecteur du citoyen dans le gouvernement. Une telle conception fournit une marge de manœuvre importante aux juges. La Constitution pose certaines limites, mais à l'intérieur de celles-ci, le juge est libre. Posner en conclut que « [a]s a realistic matter, this approach describes much of Constitutional law ; it is a body of judge-made law, constrained by the Constitutionnal text but not derived from it or prescribed by it in a substantial sense. »¹²¹. Le fait que la plupart des provisions concernant les libertés civiles inscrites dans la Constitution soient des standards renforce l'acuité de cette analyse.

Si la Constitution peut être comprise en entier comme un document économique, certaines de ces provisions aussi. En effet, le fédéralisme peut être compris comme une séparation des pouvoirs ayant pour fonction une meilleure efficacité, car elle promeut la compétition entre divers paliers de gouvernement.¹²² La séparation des pouvoirs, elle, permet d'une part la spécialisation du travail et la limitation du pouvoir du gouvernement ce qui augmente l'efficacité. En effet, le système de poids et contrepoids, s'il fonctionne bien, doit limiter la taille du gouvernement et laisser le citoyen libre de toute interférence. Une branche devrait empêcher une autre d'agrandir son pouvoir. En ce sens, la Cour suprême doit invalider toute tentative de la branche législative ou exécutive d'agrandir son pouvoir et ses fonctions au détriment de la liberté des citoyens.

La liberté des citoyens : efficacité dans la promotion du bien-être

Le projet constitutionnel de Posner se résume ainsi : « What is envisaged is a drastic curtailment, across the board, in the scope of permissible legislative, executive and administrative action. »¹²³. Le rôle de la Cour suprême dans ce projet est précisément de limiter la sphère d'action du gouvernement afin de préserver un large espace de liberté aux

¹²¹ Richard A. Posner, *The Constitution as an economic document*, George Washington Law Review, vol. 56, n. 1, 1987.p. 7

¹²² Richard A. Posner, *The Constitution as an economic document*, George Washington Law Review, vol. 56, n. 1, 1987.p. 13

¹²³ Richard A. Posner, *The Constitution as an economic document*, George Washington Law Review, vol. 56, n. 1, 1987.p. 21

individus dans la sphère privée.¹²⁴ Les juges, en évaluant l'efficacité des mesures et en rejetant celles qui ne sont pas optimales limitent les interférences à celles qui sont absolument nécessaires. Ils agissent donc pour ménager le plus grand espace libre de l'interférence gouvernementale, le plus grand espace de liberté possible. La liberté est comprise comme une absence d'interférence de la part du gouvernement, comme dans la tradition de la liberté négative de Berlin.

Plusieurs éléments nous confirment dans cette analyse. Hormis la nature limitée du gouvernement, le peu d'intérêt sur la nature du gouvernement, qu'il soit démocratique ou non, rejoint aussi l'analyse de Berlin sur la liberté négative. De plus, Posner est explicite lorsqu'il adopte la séparation entre liberté positive et négative dans *Feature : An economic perspective on Basic Rights*. Il y argue, conformément à son approche pragmatique, que le ratio des coûts et des bénéfices relié à l'établissement des libertés négatives est beaucoup plus avantageux que celui des libertés positives. Les libertés positives sont comprises principalement comme des outils de redistribution des richesses. Les libertés négatives doivent, au nom de l'efficacité, être défendue contrairement aux libertés positives dont les avantages sont beaucoup plus mitigés.¹²⁵

Mais, tout comme pour Berlin, la jouissance des libertés négatives ne peut être absolue. La raison ici par contre n'est pas qu'il y a conflit entre différents principes, comme chez Berlin, mais plutôt que les droits sont des outils de promotion du bien-être. En ce sens, les droits ne peuvent être invoqués s'ils n'entraînent pas des conséquences optimales sur le bien-être.¹²⁶ Aucun droit n'est absolu : « the truth is that the boundary of every constitutional right is drawn at the point of balance between conflicting social goals ; no right is absolute. »¹²⁷.

Nous pouvons résumer la thèse de la façon suivante : en situation normale, les juges doivent promouvoir la liberté des individus, d'une part en limitant les pouvoirs du gouvernement et, d'autre part, en n'acceptant que les mesures efficaces de la part de celui-ci. Cela aura pour effet de maximiser le bien-être économique de la population et ainsi

¹²⁴ Richard A. Posner, *The Constitution as an economic document*, George Washington Law Review, vol. 56, n. 1, 1987, p. 22

¹²⁵ Richard A. Posner, *Feature : an economic perspective on Basic right, the cost of enforcing rights*, East European Constitutional Review, été 1997. p. 71-72

¹²⁶ Richard A. Posner, *Feature : an economic perspective on Basic right, the cost of enforcing rights*, East European Constitutional Review, été 1997. p. 72

¹²⁷ Richard A. Posner, *The Constitution as an economic document*, George Washington Law Review, vol. 56, n. 1, 1987. p. 19

d'étendre la quantité de choix sans interférence disponible aux individus. Les droits, et même les libertés civiles garanties par la Constitution, ne sont pas absolus et sont soumis à l'évaluation de leur conséquence sur le bien-être de la population. En effet, parce que l'interférence est une fonction du gouvernement et que celle-ci est nécessaire, que ce soit minimalement pour suppléer aux échecs les plus flagrants du marché et pour le réglementer afin qu'il soit optimal, il y a toujours une évaluation conflictuelle entre liberté et bien-être. Nous verrons qu'en situation d'urgence, la sécurité devient un élément clé du bien-être et qu'en ce sens, les libertés civiles doivent être diminuées.

En situation d'urgence

Ce que soutiennent E. A. Posner et A. Vermeule dans *Terror in the balance* dérive de l'approche pragmatique de R. A. Posner.¹²⁸ L'argument sécuritaire de nos auteurs postule qu'il n'existe pas de démarcation claire entre situation normale et situation d'urgence : « emergencies lie in a continuum, or sliding scale »¹²⁹. En ce sens, le même test d'efficacité doit être adopté en situation normale et en situation d'urgence. L'argument sécuritaire que développent Posner et Vermeule prend la même forme que celui de Posner concernant le rôle des juges de la Cour suprême dans l'interprétation de la Constitution en regard du changement. En effet, il est question dans les deux cas d'une analyse comparative de la performance institutionnelle des divers organes. R. A. Posner argue que l'organe le plus compétent pour actualiser la Constitution n'est ni une convention constitutionnelle, ni le processus d'amendement, mais bien le travail interprétatif des juges de la Cour suprême. De même, Posner et Vermeule s'interrogent sur la branche du gouvernement la plus compétente pour prendre des décisions en situation d'urgence.¹³⁰ La position qu'ils défendent prend la forme de la thèse de la balance :

« Both security and liberty are valuable goods that contribute to individual well-being or welfare. Neither good can simply maximized without regard to the other. The problem

¹²⁸ L'argument de Richard A. Posner dans *Not a suicide pact* est moins normatif, plus factuel. Il constate d'abord la marge de manœuvre dont jouissent les juges en matière constitutionnelle, pour ensuite montrer comment les droits sont toujours déterminés en fonction de la situation d'urgence. En somme, la position « fiat justiciat nec caelum rurat » n'est pas acceptable.

¹²⁹ E. A. Posner et A. Vermeule, *Terror in the Balance, security, liberty, and the courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 42

¹³⁰ E. A. Posner et A. Vermeule, *Terror in the Balance, security, liberty, and the courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 31 ; Richard A. Posner, *The Constitution as an economic document*, George Washington Law Review, vol. 56, n. 1, 1987, p. 36 ; Richard A. Posner, *Economics, Politics and the reading of statutes and the Constitution*, The University of Chicago Law Review, Vol. 49, n. 2, 1982, p. 282 ; Richard A. Posner, *Not a suicide pact, the constitution in a time of national emergency*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 17-29

from the social point of view is to optimize : to choose the joint level of liberty and security that maximizes the aggregate welfare of the population. »¹³¹

Lorsque survient ce compromis à faire entre liberté et sécurité en situation d'urgence, les défenseurs des libertés civiles implorent les juges de la Cour suprême d'être actifs et de ne pas permettre au pouvoir exécutif, avec ou sans l'appui de la branche législative, de limiter les libertés civiles. Or, selon Posner et Vermeule, le pouvoir exécutif est le plus apte à prendre une bonne décision dans ces circonstances. En effet, non seulement l'histoire constitutionnelle américaine en est une de réussite, mais celle-ci a été bien servie par la posture de déférence qu'ont adoptée les juges de la Cour suprême. De plus, le pouvoir exécutif est le seul à avoir la capacité de réagir avec célérité devant une situation d'urgence et il est aussi le seul à posséder les ressources nécessaires pour agir. Ils concluent que les juges doivent continuer à être déférents lorsque survient un état d'urgence et qu'ils peuvent ensuite se réaffirmer lorsque la crise s'estompe.

Au centre de la thèse de la balance se trouve une conception particulière de la liberté qui entre en conflit avec la sécurité. Cela est manifeste lorsque Posner et Vermeule traitent de la frontière entre liberté et sécurité qui est centrale à la thèse de la balance. Selon nos auteurs, il existe un point d'équilibre optimal entre liberté et sécurité. Celui-ci peut être compris comme un optimum de Pareto, c'est-à-dire un point d'optimisation maximale. Bien que l'avancement de certaines libertés ne soit pas toujours conflictuel avec la sécurité, il se trouve un point où il n'est plus possible d'avancer les valeurs agrégées de liberté (ou de sécurité) sans diminuer celles de la sécurité (ou de la liberté).

Mais il y a une certaine imprécision entourant ce compromis et il existe au moins deux descriptions possibles des concessions à faire entre la liberté et la sécurité. En effet, une première stipulerait que la liberté étant une absence d'interférence et que la sécurité entraîne nécessairement des formes d'interférences, les deux principes étant antithétiques. Une seconde se trouverait dans l'allocation des ressources. Parce que ce sont les mêmes ressources qui doivent être allouées à la liberté et à la sécurité, une augmentation de la valeur de l'un entraîne une diminution proportionnelle de l'autre.¹³²

¹³¹ E. A. Posner et A. Vermeule, *Terror in the Balance, security, liberty, and the courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 22

¹³² E. A. Posner et A. Vermeule, *Terror in the Balance, security, liberty, and the courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 135

La première explication de la concession entre liberté et sécurité est explicitement reliée à la liberté comme non-interférence et est pleinement cohérente avec les développements de Berlin sur le sujet. La seconde explication du caractère conflictuel de la liberté et de la sécurité n'est pas nécessairement liée à la nature opposée de la liberté et de la sécurité, mais plutôt à la nature limitée des ressources disponibles afin d'avancer l'un ou l'autre.

Rien dans le texte de Posner et Vermeule ne nous permet de trancher clairement entre ces deux explications. En effet, nos auteurs ne sont jamais explicites sur le concept de liberté qu'ils adoptent. Par contre, nous croyons que c'est bien le caractère conflictuel de la liberté et de la sécurité, en tant qu'absence d'interférence et d'interférence nécessaire, qui est au centre de la thèse de la balance qu'ils nous proposent.

Tout d'abord, s'ils utilisaient un concept de liberté différent de celui communément accepté, ils se feraient un point d'honneur de le spécifier. Or, le concept de liberté le plus couramment utilisé dans les thèses politico-légales est celui de liberté comme non-interférence. Ainsi, parce qu'ils ne font pas référence à un autre concept, on peut légitimement croire que Posner et Vermeule utilisent le concept de liberté comme non-interférence. De plus, nos auteurs s'inspirent directement des écrits de R. A. Posner, à qui ils attribuent une paternité partielle de la thèse de la balance et particulièrement de sa version économiste.¹³³ Or, comme nous l'avons montré, R. A. Posner adhère explicitement à une conception de la liberté comme non-interférence.

Ensuite, les exemples visant à montrer l'existence d'une frontière entre liberté et sécurité semblent indiquer que c'est bien le caractère antithétique de la liberté et de la sécurité qui est mis de l'avant. Il est en effet question d'absence d'interférence dans la vie privée, du droit de contester une accusation dans une procédure judiciaire, de l'absence d'interférence dans la liberté d'expression, etc.¹³⁴ De plus, le type de langage utilisé pour décrire les pertes de liberté est celui de l'interférence. En effet, on fait régulièrement référence au caractère intrusif des mesures sécuritaires.¹³⁵

¹³³ E. A. Posner et A. Vermeule, *Terror in the Balance, security, liberty, and the courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 21

¹³⁴ E. A. Posner et A. Vermeule, *Terror in the Balance, security, liberty, and the courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 23-24

¹³⁵ E. A. Posner et A. Vermeule, *Terror in the Balance, security, liberty, and the courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 24

Il est aussi pertinent de noter que les libertés que vise à garantir la Constitution sont de nature négative : l'absence d'une religion nationale, la liberté d'expression, (premier amendement), le droit de porter les armes (second amendement), le droit de ne pas être forcé d'héberger des soldats en temps de paix (troisième amendement), et ainsi de suite. De plus, les libertés négatives sont relativement faciles à préserver, car elles ne demandent que l'absence d'action de la part du gouvernement. De ce fait, elles n'exigent pas un investissement massif de ressources.¹³⁶ En ce sens, il faudrait une urgence particulièrement importante pour qu'il soit nécessaire de réallouer les ressources destinées à préserver ces libertés vers la promotion de la sécurité. Il est peu probable que tel ne soit jamais le cas. Il semble donc que la meilleure version de l'argument soit liée à la nature intrinsèquement contradictoire des concepts de liberté et de sécurité plutôt qu'au caractère limité des ressources.

Mais que ce soit intrinsèquement ou par le biais des ressources disponibles, les budgets alloués à la préservation des libertés le sont, selon nos auteurs, en vue de limiter l'interférence. Si ces ressources sont utilisées afin d'assurer la sécurité, il y a nécessairement une augmentation de l'interférence, que ce soit par les mesures sécuritaires elles-mêmes ou par le manque de protection qui permet à d'autres agents d'interférer dans nos actions. En ce sens, une certaine formulation de la thèse de la balance comprise dans un environnement de ressources limitées implique aussi la liberté comme non-interférence.

La thèse de la balance dans ce contexte est en fait aussi une thèse à propos de la nature de la liberté. La sécurité entraîne nécessairement une forme d'interférence et la liberté est comprise comme l'absence d'interférence. Il y a donc deux principes contradictoires qui doivent être évalués. On retrouve le même schéma chez Hobbes et chez Berlin. Au centre de l'argument sécuritaire se trouve la thèse de la balance. Or, la thèse de la balance ne permet pas de protéger les libertés civiles en situation d'urgence. Le fondement de la thèse de la balance est un concept de liberté dont la justification semble à première vue contingente et dont les conséquences, en regard de la protection des libertés civiles, sont désastreuses. En effet, il y a nécessairement une concession à la liberté au profit de la sécurité en situation d'urgence. Il faut donc étudier la possibilité d'une réponse alternative aux menaces propres aux situation d'urgence.

¹³⁶ Richard A. Posner, *Feature : an economic perspective on Basic right, the cost of enforcing rights*, East European Constitutional Review, été 1997, p. 72

Quatre réponses à l'argument sécuritaire

L'argument sécuritaire, comme nous l'avons décrit, repose en fait d'une part sur une conception particulière et discutable de la liberté et d'autre part sur la thèse de la balance. Une formulation ou une autre de cet argument se trouve derrière toutes les demandes de diminution des libertés civiles en situation d'urgence. Plusieurs auteurs ont désiré offrir une réponse à l'argument sécuritaire. Nous offrons quatre arguments qui sont invoqués dans ce débat. Cette liste n'est pas exhaustive mais représente bien l'éventail des arguments disponibles. Malheureusement, ces arguments ne sont pas des plus convaincants et il est possible, à notre sens, d'en offrir un meilleur se fondant sur la conception républicaine de la liberté tel que Pettit la comprend.

La réponse déontologique

Kant, étudiant les fondements de la doctrine du droit dans la *Métaphysique des mœurs*, traite en début d'ouvrage de deux anomalies du droit : le droit d'équité, duquel nous avons déjà discuté, mais sous le vocable de jugement selon l'équité, et du droit de nécessité. Le droit de nécessité est en fait la version radicale de la thèse de la balance en ce que je serais autorisé, par les circonstances, à aller à l'encontre des principes moraux fondamentaux. Selon Kant, le droit de nécessité ne peut être accepté, car il représente une contradiction dans le concept même du droit. L'idée de Kant est qu'il ne peut y avoir un axiome tel que *Necessitas non habet legem*. Pour ce dernier, aucune nécessité empirique ne peut faire plier le droit, car la possibilité d'une contradiction interne équivaldrait, *de facto*, à son abolition. Dès lors, selon cette position, il n'y a pas de distinctions à opérer entre la vie normale d'un État et une situation d'urgence motivant l'état d'exception. Une telle position est défendue dans des textes clairement polémiques et politiques mais ne trouve pas d'écho dans les écrits académiques. Certains auteurs invoquent un argument similaire pour des mesures régionales, tel que Jeremy Waldron concernant la torture, mais le refus complet et entier de toutes diminutions des libertés civiles n'est pas défendue explicitement, l'interdit de torture occupant une place à part.¹³⁷ C'est pour cette raison que nous avons mis en scène Kant et non un protagoniste contemporain de cet argument.

¹³⁷ Jeremy Waldron, *Torture and positive Law : Jurisprudence for the White House*, Columbia law review, vol. 105, n. 6, 2005. p. 1681-1750

Kant définit le droit de nécessité (*jus necessitatis*) de la façon suivante : « Ce prétendu droit doit consister en une faculté, au cas où je serais en danger de perdre ma propre vie, d'ôter la vie à un autre qui ne m'a fait aucun mal. »¹³⁸ Le droit de nécessité n'est donc pas identique au droit d'autodéfense.¹³⁹ Dans le premier cas, c'est une personne innocente qui subit les revers de la nécessité tandis que dans le second, la personne m'attaquant n'est pas innocente. En ce sens, le droit de nécessité appliqué à l'arène politique serait de faire subir un tort au peuple au nom de la protection du gouvernement. Cette analogie semble plus fertile que l'idée de l'autodéfense en ce qu'elle effectue la séparation entre les citoyens et l'État. La même question portant sur les libertés civiles, serait : est-ce que l'État a la légitimité de restreindre les droits constitutionnels de ses propres citoyens lorsqu'il est en péril ? Sa formulation extrême porterait sur la légitimité de tuer ou de torturer illégalement un de ses citoyens innocents pour se préserver d'une menace ou, en d'autres termes, le *ticking bomb scenario*.¹⁴⁰

La contradiction se situe entre le droit de nécessité et la doctrine du droit. Celle-ci n'est rien d'autre que « l'ensemble conceptuel des lois pour lesquelles une législation extérieure est possible »¹⁴¹. Le droit est animé par le principe d'une coexistence des volontés individuelles sous « une loi universelle de la liberté »¹⁴². Le droit est donc un système de contraintes visant à faire respecter le libre arbitre de chacun par tous. Le droit de nécessité postule qu'il est possible de faire subir un tort à un tiers sans pour autant qu'il ait lui-même commis un tort. Or, il est patent que cela va à l'encontre du principe du droit et de la loi universelle de la liberté, car si tous pouvaient infliger à un tiers un tort sans raison, sinon son propre profit, ce n'est pas un système de droit, mais un système sans lois. L'injustice serait à son comble dans un tel système.

En fait, soutient-il, l'idée d'un droit de nécessité provient d'une confusion entre le droit objectif et le droit subjectif. De façon objective, il est impossible d'incorporer l'idée d'un

¹³⁸ Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs II, Doctrine du Droit, Doctrine de la vertu*, Paris, GF Flammarion, Folio, 1994, p. 23

¹³⁹ Le droit de nécessité rappelle la doctrine du double effet. Le droit de se défendre d'un attaquant injuste comme dans le principe d'une guerre défensive lui est justifié selon Kant, le droit de nécessité jamais. Voir Brian Orend, *The Morality of War*, Orchard Park, New York, Broadview Press, 2006.

¹⁴⁰ Allan M. Dershowitz, *Want to torture? Get a warrant*, San Francisco Chronicles, 22 janvier 2002; Allan M. Dershowitz, *Shouting Fire : Civil Liberties in a turbulent age*, Boston, Little Brown and Co., 2002

¹⁴¹ Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs II, Doctrine du Droit, Doctrine de la vertu*, Paris, GF Flammarion, Folio, 1994. p. 15

¹⁴² Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs II, Doctrine du Droit, Doctrine de la vertu*, Paris, GF Flammarion, Folio, 1994 p. 17

droit de nécessité sous peine, comme nous l'avons démontré, d'introduire une contradiction dans le concept même de droit. Par contre, de façon subjective, il est possible d'incorporer la notion de nécessité dans le jugement prononcé par un juge. À ce titre seulement, la nécessité peut être une défense, car « [i]l n'y a pas de nécessité qui puisse rendre quelque chose d'injuste légal »¹⁴³. En somme, l'argument du droit de nécessité peut être invoqué dans l'octroi de la peine, mais jamais dans le jugement sur la légalité.

Pour Kant, il est donc impossible de permettre le droit de nécessité sous peine d'entrer en contradiction avec les principes mêmes du droit. En ce sens, il ne peut accepter de dérogations aux droits inscrits dans la Constitution comprise comme forme extérieure et positive de la doctrine du droit. Aucune dérogation, qu'elle soit inscrite dans le droit ou non, ne peut être permise.

Une telle réponse peut-elle raisonnablement convaincre un défenseur de la thèse de la balance? Il y a deux raisons principales pour lesquelles une telle position n'est pas convaincante : la première est pratique et la seconde soulève des questions de légitimité. En ce qui concerne les raisons pratiques, le respect des droits de façon absolue est impraticable. Si l'on prend l'exemple de la liberté d'expression, ce droit ne peut être ni absolu, ni immuable. Il ne peut pas être absolu, car il est inconcevable de croire que l'on pourrait dire n'importe quoi, n'importe quand. Il est raisonnable d'interdire de crier dans une bibliothèque, de proférer des menaces à l'endroit de quelqu'un ou encore de répandre des mensonges. Il ne peut non plus être immuable, car de nouveaux moyens techniques voient le jour grâce auxquels il serait possible de s'exprimer. Par exemple, la liberté d'expression n'implique pas que tous et chacun aient le droit de parler à la télévision ou à la radio. Finalement, certaines circonstances peuvent limiter la liberté d'expression. Si, en temps de paix, il serait acceptable de publiciser l'état des forces militaires d'un pays et leur positionnement, il semble raisonnable de contraindre une telle pratique lorsque le pays est confronté à une menace un tant soit peu sérieuse. En ce sens, il est normal de limiter les droits en fonction des circonstances et des contextes. De plus, lorsque les États légitimes font face à une situation motivant un état d'urgence, parce qu'il arrive que le contexte et les circonstances changent radicalement, il semble intuitivement inacceptable de refuser toute adaptation.

¹⁴³ Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs II, Doctrine du Droit, Doctrine de la vertu*, Paris, GF Flammarion, Folio, 1994 p. 24

Une seconde question d'ordre pratique surgit quant à l'interprétation de la Constitution. Le texte constitutionnel par lui-même n'est pas univoque. Différents interprètes comprennent différemment certaines propositions. En ce sens, il y a toujours une nécessité de joindre à un texte un certain contexte qui éclaire son interprétation. En ignorant le fait qu'il peut y avoir dispute sur le contexte à invoquer pour un texte particulier, chaque contexte peut lui-même être interprété de différentes façons. En ce sens, une interprétation déontologique ne peut se satisfaire du texte car il y aura toujours dispute sur le contexte approprié.

Finalement, il existe un certain déficit de légitimité dans l'imposition de normes qui ne seraient pas adoptées par l'autorité souveraine, c'est-à-dire le peuple. En effet, adopter une position déontologique pourrait aller à l'encontre de la volonté populaire au nom de principes transcendants. Or, d'une part, si les principes ne sont pas reconnus par la population, il y a un déficit démocratique et d'autre part, si ces principes ont été adoptés par les fondateurs, cela ne fournit pas une légitimité accrue, car leur volonté ne peut être considérée comme une contrainte légitime à moins qu'elle ne soit réactivée, de manière implicite ou explicite, régulièrement.

Pour ces raisons pratiques et de légitimité, nous croyons que Kant n'offre par une réponse robuste à l'argument sécuritaire. Il faut donc chercher une autre voie qui d'une part reconnaît la force de la menace et la nécessité d'interpréter les textes constitutionnels tout en permettant une protection efficace des libertés civiles en situation d'urgence.

La réponse communautarienne

Benjamin Barber soutient dans *L'empire de la peur* que l'outil principal des terroristes, en créant un état d'urgence par leurs actions, est la peur. Or, les réactions des États-Unis face à ces actions ne font qu'accroître le sentiment de vulnérabilité dans la population. La solution réside selon Barber dans une politique de promotion d'une participation active : « La citoyenneté érige une muraille d'activité autour de la peur : cette défense n'empêche pas les agissements des terroristes, mais elle réduit le tribut psychique exigé par le terrorisme. »¹⁴⁴. La démocratie est en ce sens l'outil le plus apte à combattre le terrorisme : il réduit la peur

¹⁴⁴ Benjamin Barber, *L'empire de la peur, terrorisme guerre, démocratie*, Paris, Hachette littérature, 2004. p. 276

par l'action civique et il donne une voix aux plus faibles, réduisant ainsi la nécessité d'un recours à des tactiques terroristes.

La préservation de la liberté, la participation politique, la lutte contre la vulnérabilité, contre la peur, contre la menace et contre l'action terroriste vont donc main dans la main. Barber considère que l'inaction est le ferment de la peur. La liberté est un antidote à la peur, car elle est comprise comme un mode de la participation. En effet, le citoyen est libre, car il fait des choix, parce qu'il agit, parce qu'il participe. Mais les citoyens doivent « délibérer, déterminer [et] décider » des actions qu'ils prennent.¹⁴⁵ C'est en ce sens que la conception de la liberté de Barber est positive.¹⁴⁶ Il ne reconnaît d'actions libres que si elles sont le fruit d'une réflexion commune obtenue par le biais de la participation. Hormis les problèmes liés à l'évaluation de la participation active jugée valable, c'est bien ce que Berlin considère comme une forme positive de liberté. En effet, le citoyen n'est libre que s'il participe. En ce sens, le contenu de son action libre est déterminé, ce qui va à l'encontre du concept intuitif de liberté négative.

De plus, cette conception de la liberté positive est communautariste, car pour Barber, « Le citoyen, par définition, pense en termes de *nous*, un *nous* qui implique de transformer la vision de nos intérêts privés et de définir un bien commun. »¹⁴⁷ Les institutions politiques ont pour rôle de créer les conditions de la liberté : « La communauté naît de la participation des citoyens en même temps qu'elle la rend possible. »¹⁴⁸ Or, cela vient nier le principe d'une liberté individuelle et risque de mener à des formes oppressives de communautarisme.

De plus, en mettant l'accent sur les structures psychiques plutôt que les institutions sociales, sur la peur plutôt que sur des mesures de protection objectives, cette approche risque de substituer des modèles intrusifs de changement de conscience au changement social recherché.¹⁴⁹ En effet, en cernant le mal dans les structures psychologiques et en utilisant l'identification au groupe pour changer ces structures, cela met de la pression sur les individus afin qu'ils se conforment à une culture unique.

¹⁴⁵ Benjamin R. Barber, *démocratie Forte*, Paris, Desclée de Brouwer, 1997, p. 146

¹⁴⁶ Ricardo L. Pinto, « *Neo-Republicanism* », *A critical introduction*, présenté dans le cadre de The History of Political Concepts at ECPR Joint Sessions, Copenhague, 14-19 Avril 2000. p. 15

¹⁴⁷ Benjamin R. Barber, *démocratie Forte*, Paris, Desclée de Brouwer, 1997. p. 173

¹⁴⁸ Benjamin R. Barber, *démocratie Forte*, Paris, Desclée de Brouwer, 1997. p. 172

¹⁴⁹ Nancy Fraser, *Rethinking recognition*, *New Left Review*, 3, mai-juin 2000. p. 24

Finalement, la suggestion de Barber qui est de limiter les effets du terrorisme sur la population en luttant contre la peur, bien qu'elle puisse régler la partie subjective du problème, ne règle en rien la menace objective. Nous avons défini deux aspects du risque : la menace et la vulnérabilité. Barber propose d'inoculer les citoyens contre le *sentiment* de vulnérabilité par la participation active et de réduire la menace par la propagation de la démocratie forte. Si la première tactique ne table que sur la perception de la vulnérabilité, la seconde qui vise à réduire la menace pose les problèmes traditionnels du paternalisme en affirmant que tous devraient vivre sous un régime démocratique tel que Barber l'entend. D'un point de vue libéral, cette proposition est inacceptable, car elle suggère d'imposer une conception compréhensive du bien par le biais du programme de la démocratie forte.¹⁵⁰

En somme, si la question de la présence de la thèse de la balance pose certains problèmes, les conséquences liées à l'utilisation du concept de liberté positive par Barber nous semblent suffisantes pour écarter sa proposition. La solution qu'il propose semble aussi nuisible que le problème sécuritaire auquel nous sommes confrontés.

La réponse libérale

En état d'urgence, le gouvernement est-il jamais justifié de restreindre les droits fondamentaux ? Selon Dworkin, « If a nation is at war, a policy of censorship may be justified even though it invades the right to say one thinks on matters of political controversy. But the emergency must be genuine. There must be what Oliver Wendell Holmes described as a clear and present danger, and the danger must be one of magnitude. »¹⁵¹. Il reconnaît donc, dans *Taking Rights seriously*, que les droits individuels peuvent être limités au nom d'une urgence particulièrement importante. Pourtant, il refuse de comprendre cette restriction sous la forme de la thèse de la balance.¹⁵² Comment alors comprendre la possibilité de déroger aux droits fondamentaux tout en soutenant que cela ne se fait pas sous les auspices de la thèse de la balance ? Nous pouvons aussi nous interroger sur la possibilité réelle de sauvegarde des libertés civiles en situation d'urgence : Dworkin nous offre-t-il un argument robuste contre la thèse de la balance ?

¹⁵⁰ pour une idée du programme de démocratie forte voir Benjamin R. Barber, *démocratie Forte*, Paris, Desclée de Brouwer, 1997.p. 324

¹⁵¹ Ronald M. Dworkin, *Taking right seriously*, London, Duckworth, 1978. p. 195

¹⁵² Ronald M. Dworkin, *Is democracy possible here?, principles for a new political debate*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2006. p. 27

Nous trouverons notre réponse principale dans *Is democracy possible here?*, qui traite entre autre chose des restrictions aux libertés civiles en situation d'urgence et plus particulièrement du débat aux Etats-Unis au lendemain du 11 septembre. Le projet du livre est par contre beaucoup plus large que ce sujet précis. En effet, il tente de montrer que malgré la division entre républicains et démocrates, entre conservateurs et libéraux, une discussion est possible et une entente sur certains principes fondamentaux permettrait de sortir de cette division qui met en péril la démocratie américaine. En ce sens, l'argument qu'il présente, s'il permet d'affirmer que certains principes sont partagés et donc qu'une discussion est possible, il devrait permettre de mettre de côté la thèse de la balance, position extrême fermée aux compromis, en offrant un argument convainquant.

Son argument affirme d'abord la primauté de la moralité sur la légalité. Il propose donc de s'interroger sur les principes au fondement des institutions visant à protéger les libertés civiles. Selon lui, la Constitution est, avant d'être légale, fondée dans une conception morale :

« Our Constitutional system rests on a particular moral theory, namely, that men have moral rights against the state. The difficult clauses of the Bill of Rights, like the due process and equal protection clauses, must be understood as appealing to moral concepts rather than laying down particular conceptions »¹⁵³.

La question la plus pertinente est donc d'ordre moral et non d'ordre légal. De même, le concept de droit contre le gouvernement qui est au centre du constitutionnalisme américain est, avant d'être légal, un concept moral. Les droits sont donc des outils, ou, comme Dworkin l'exprime, des atouts, particuliers que les individus possèdent comme protection contre leur gouvernement.¹⁵⁴ Ces droits ne sont pas susceptibles d'être amoindris par un calcul des coûts et bénéfices et c'est précisément leur capacité à résister à des calculs de coûts et de bénéfices qui les qualifie en tant que droit.

Mais, fondamentalement, quels sont ces droits ou ces principes moraux? Comme nous l'avons mentionné, les droits constitutionnels sont fondés sur des droits moraux, ce sont les droits politiques. Une partie de ces droits politiques, les plus fondamentaux, sont considérés comme des droits humains.¹⁵⁵ Il en est ainsi car ces droits sont nécessaires au respect qui

¹⁵³ Ronald M. Dworkin, *Taking right seriously*, London, Duckworth, 1978. p. 147

¹⁵⁴ Ronald M. Dworkin, *Is democracy possible here?, principles for a new political debate*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2006. p. 31

¹⁵⁵ Ronald M. Dworkin, *Is democracy possible here?, principles for a new political debate*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2006. p. 29

est du à chacun en tant qu'être humain. En effet, « people have political rights to whatever protection is necessary to respect the equal importance of their lives and their sovereign responsibility to identify value in their own lives. »¹⁵⁶. Les droits humains permettent donc de protéger les droits politiques les plus importants, desquels aucun gouvernement ne peut déroger de bonne foi. En ce sens, les droits humains exigent que le gouvernement traite chacun avec une certaine attitude qui ne va pas à l'encontre de l'importance égale de chaque vie et de la responsabilité individuelle que chacun a de sa propre vie : « Someone most basic human right (...) is the right to be treated by those in power in a way that is not inconsistent with their accepting that his life is of intrinsic importance and that he has a personal responsibility for realizing value in his own life. »¹⁵⁷. Il est donc ici question d'un test minimum de respect des deux principes des droits humains et une exigence d'agir de bonne foi dans le respect de ces droits humains. En effet, le gouvernement ne peut agir envers quiconque d'une façon qui irait à l'encontre de la compréhension de ses principes par les institutions de l'État.¹⁵⁸ Cela permet d'affirmer que d'une part il existe certains principes des droits humains et que, d'autre part, ces principes doivent être compris de la façon dont ils ont été institutionnalisés.

L'argument de Dworkin contre les mesures liberticides qui sont mises de l'avant depuis le 11 septembre 2001 est que celles-ci vont à l'encontre des deux principes des droits humains telles que les institutions américaines les comprennent. En ce sens, le gouvernement n'agit pas de bonne foi dans le respect des droits humains fondamentaux. Dworkin cerne deux mesures particulières qui ne passent pas le test minimum : la torture et la détention indéfinie. Ces deux pratiques vont en effet à l'encontre non seulement de ce nous comprenons intuitivement comme étant un droit humain, c'est-à-dire protéger la valeur intrinsèque de chaque vie et la capacité de faire des choix dans sa propre vie, mais surtout, cela va à l'encontre de la compréhension de ces deux principes par le gouvernement. Ce qui est demandé au gouvernement est une forme de cohérence avec les décisions passées. Cette cohérence implique que si la torture était considérée comme immorale avant, qu'il en soit ainsi même dans les cas les plus exigeants. Il en va de même avec la détention indéfinie de

¹⁵⁶ Ronald M. Dworkin, *Is democracy possible here?, principles for a new political debate*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2006. p. 32

¹⁵⁷ Ronald M. Dworkin, *Is democracy possible here?, principles for a new political debate*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2006. p. 35

¹⁵⁸ Ronald M. Dworkin, *Is democracy possible here?, principles for a new political debate*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2006. p. 36

prisonniers. Si dans le premier cas, les traités qu'ont signé les Etats-Unis sont de bons exemples de la prohibition de la torture, l'interdiction constitutionnelle des châiments injustes et cruels démontre bien la force morale de la condamnation. En ce qui à trait à la détention indéfinie de prisonniers, les exigences d'un procès juste et équitable font somme toute consensus dans la république fédérale américaine.

La première question à laquelle nous devons nous attaquer est la suivante : l'argument de Dworkin nous permet-il 1) d'offrir une réponse robuste à la thèse de la balance et donc 2) de protéger les libertés civiles en situations d'urgence? Nous croyons qu'elle offre une réponse qui ne permet pas de contrecarrer la thèse de la balance et que son argument ne permet pas de protéger les libertés civiles en situation d'urgence.

En ce qui concerne la réponse à la thèse de la balance, fer de lance de l'argument sécuritaire, la proposition de Dworkin souffre de quelques problèmes. Tout d'abord, Dworkin nous offre un test minimal de respect des droits humains en situation d'urgence. Ce dernier s'applique à merveille aux éléments les plus controversés tels que la torture et la détention indéfinie de prisonniers, mais au-delà ce seuil minimal de respect des droits humains, il semble qu'une variation importante est possible. En effet, qu'en est-il de l'écoute électronique, de la liberté d'expression et de l'augmentation constante du pouvoir du président? Il semble que le gouvernement ait beau jeu de faire varier l'étendue des libertés civiles dont jouit la population sans que cela remette en question les deux principes des droits humains.

Ce problème nous mène à un second constat que nous devons faire. Si nous avons effectivement affaire à un test minimum de respect des droits humains, alors la thèse de la balance s'applique sans entrave au-delà de ce test minimal. À cet égard, Dworkin ne nous offre pas un argument fort contre la thèse de la balance et contre l'argument sécuritaire en général.

Finalement, le cœur de l'argument est que le gouvernement ne devrait pas changer ses pratiques en situation d'urgence ou ne devrait pas changer certains de ces principes recteurs au nom du respect des droits humains. Or, l'argument de la thèse de la balance est précisément le contraire : qu'il est du devoir du gouvernement de modifier ses pratiques en regards des nouvelles situations qui émergent. En ce sens, il y a une pétition de principe. En effet, en soutenant que le gouvernement doit respecter la compréhension qu'il se fait des droits humains, on affirme qu'il ne doit pas changer ses pratiques en situation d'urgence.

Or, c'est précisément ce qui est en jeu ici et aucun argument ne vient appuyer cette affirmation, hormis le respect des deux principes des droits humains dont la compréhension est fondée sur la pratique et l'histoire des institutions.

De plus, il serait possible d'argumenter que la pratique institutionnelle aux Etats-Unis en situation d'urgence est précisément de réduire les libertés civiles ou de bafouer les droits humains au nom de la sécurité. En effet, à étudier les différentes situations d'urgences, tant au cours de la guerre de sécession, avec le retrait des droits d'habeas corpus, lors de la guerre froide, avec l'espionnage des opposants politiques ou au cours de la seconde guerre mondiale, avec l'emprisonnement massif des citoyens américains d'origine japonaise, il est difficile d'arguer que l'histoire institutionnelle américaine est celle d'un respect absolu des droits humains en situation d'urgence.¹⁵⁹

Pour ce qui est de la capacité à préserver les libertés civiles en situation d'urgence, la proposition de Dworkin laisse, à notre sens, le problème entier. Tout d'abord, en faisant glisser le débat de la protection des libertés civiles à celui du respect des droits humains, nous n'avons plus les moyens théoriques de défendre les libertés civiles. En effet, si notre objectif est plus exigeant que le simple respect des droits humains fondamentaux, comme c'est le cas pour nous, cette retraite stratégique vers les droits humains ne nous permet pas de préserver efficacement les libertés civiles. Nous avons vu, en présentant la pensée de Posner et Vermeule que la thèse de la balance était en fait une thèse sur la liberté. Or, en laissant vacant ce champ conceptuel, Dworkin ne nous permet pas d'offrir une réponse pertinente à cet effet.¹⁶⁰ À cet égard, la proposition de Dworkin ne nous permet pas de soumettre un contre-argument robuste à la thèse de la balance.

De plus, l'efficacité de la proposition de Dworkin est à remettre en doute. En effet, après avoir dit que les droits humains doivent être protégés par le gouvernement et que les actions prises par le gouvernement au lendemain du 11 septembre sont immorales, comment s'assurer le respect des droits humains? Il y a un manque de mécanismes institutionnels permettant véritablement la préservation des libertés civiles en situation d'urgence. En

¹⁵⁹ Geoffrey R. Stone, *War and Liberty, An American Dilemma : 1790 to the present*, New-York et Londres, W. W. Norton & Company, 2007.

¹⁶⁰ Il serait aussi possible d'arguer que la thèse générale de Dworkin évacue la liberté comme concept politique central : « I try to defend (...) a much general claim : that if we accept equality of resources as the best conception of distributional equality, liberty becomes an aspect of equality rather than, as it is often thought to be, an independant political ideal potentially in conflict with it, » Ronald M. Dworkin, *What is equality? part 3, the place of Liberty*, Iowa Law Review, vol 73, n. 1 1987. p. 1

d'autre termes, la proposition de Dworkin laisse entier le problème de l'arbitraire des juges de la Cour suprême, pourtant fondamentale à la question qui nous intéresse.

La réponse légaliste

Bruce Ackerman propose une solution à ce problème en soumettant à discussion un projet institutionnel complexe permettant au président d'avoir un rôle officiel à jouer en situation d'urgence. Les détails de cette proposition ne sont pas importants ici. Il suffit de comprendre que le projet de *Before the next attack* est similaire à celui de son livre à la base de sa théorie constitutionnelle, *We the people*. En effet, ce qu'il craint par-dessus tout est que le gouvernement ne se substitue au peuple en état d'urgence et qu'il ne modifie en profondeur les arrangements institutionnels fondamentaux de la République américaine. C'est pourquoi il propose, dans *Before the next attack*, un mécanisme institutionnel qui reconnaît la nécessité de donner un plus grand pouvoir à l'exécutif sans toutefois lui permettre de modifier la structure descriptive et prescriptive du gouvernement.

Sa proposition se concentre sur l'idée d'un « supermajoritarian escalator »¹⁶¹ qui est un processus de vote en escalier requérant des majorités de plus en plus importantes. Lorsque survient une attaque terroriste, la priorité est de prévenir une seconde attaque. En ce sens, il faut accorder suffisamment de pouvoir à l'exécutif pour qu'il puisse déclarer un état d'urgence de son propre chef et ainsi prendre les actions nécessaires. Par contre, cet état d'urgence initial ne devrait durer que le temps qu'il faut, une semaine ou deux, pour que la législature puisse se rassembler et évaluer la situation. Si le Congrès reconnaît qu'un état d'urgence est nécessaire et qu'il se prononce en faveur de sa poursuite par un vote à la majorité simple, alors l'état d'urgence peut se poursuivre pendant deux ou trois mois. C'est après cette reconnaissance initiale que le concept de *supermajoritarian escalator* s'applique. En effet, à l'occasion de tous les votes suivants, survenant tous les deux mois, le pourcentage requis pour la poursuite de l'état d'urgence augmente progressivement : de 60% à 70% et à 80%.¹⁶²

Mais ce n'est pas toutes les attaques qui justifient l'instauration d'un état d'urgence. L'évaluation du type d'attaque requérant l'instauration d'un état d'urgence est hautement

¹⁶¹ Bruce Ackerman, *Before the next attack : preserving civil liberties in an age of terrorism*, New Have, Yale University Press, 2006. p. 80-83

¹⁶² Nous omettons volontairement les détails de la proposition pour nous concentrer sur les éléments pertinents à notre démonstration que sont la thèse de la balance, le concept de liberté et le rôle des juges.

subjective et l'adoption de critère objectif est difficile. En effet, il semble particulièrement arbitraire de requérir le décès d'un certain nombre de personnes pour permettre l'instauration d'un état d'urgence. Il serait malaisé de refuser un état d'urgence, car il manque 10, 20 ou 30 morts pour atteindre le barème prescrit par la loi. C'est pour quoi Ackerman préfère réserver à un jugement politique le soin de déterminer si la crise requiert l'instauration d'un état d'urgence.¹⁶³

La possibilité d'instaurer un état d'urgence en cas de force majeure implique l'adhésion à une forme particulière de la thèse de la balance : la thèse du seuil (*threshold thesis*). Cette thèse proscrit la réduction des libertés sauf en cas de force majeure, c'est-à-dire lorsque le risque a dépassé un certain seuil.¹⁶⁴ En ce sens, une fois que le risque est suffisamment important, il devient admissible de restreindre les libertés civiles. La thèse du seuil est donc une version qualifiée de la thèse de la balance. L'idée centrale est la même : lorsque survient une crise, il peut être nécessaire de déclarer un état d'urgence et de limiter les libertés au nom de la sécurité. En ce sens, la proposition de Ackerman ne permet pas d'offrir une réponse robuste à l'argument sécuritaire en ce que lui-même propose une version qualifiée de la thèse de la balance.

De plus, un élément est intrigant dans la proposition de Bruce Ackerman : que ce soit dans *We the people* ou dans *Before the next attack*, il ne définit jamais la liberté qui doit être préservée. Ce manque peut avoir deux causes. Ce peut-être parce que le type de liberté devant être préservée change avec le concept de la liberté dont se dote le peuple ou encore parce que la liberté est définie par la Constitution. Ackerman nous propose une thèse historiciste et il peut être impossible de définir un concept de liberté qui regrouperait les trois moments de l'histoire américaine. Il est en effet possible d'arguer que quatre concepts de liberté ont été au cœur de l'expérience américaine. Des débuts de la colonie à la Constitution de 1787, le concept de liberté faisant consensus était de nature positive. De la fondation à la reconstruction, nous avons affaire à un principe de liberté politique communautaire. De la reconstruction à l'époque du New Deal, la liberté de contrat était au centre du concept de liberté, ce qui nous permet de dire que le concept de liberté était purement négatif. Finalement, du New deal à nos jours, un certain concept de liberté

¹⁶³ Bruce Ackerman, *Before the next attack : preserving civil liberties in an age of terrorism*, New Have, Yale University Press, 2006. p. 93

¹⁶⁴ E. A. Posner et A. Vermeule, *Terror in the Balance, security, liberty, and the courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

individuel domine. Par contre, une telle explication n'est pas présente dans l'œuvre de Ackerman et une telle démonstration serait très exigeante.

Une autre solution serait de prendre pour synonyme de liberté les provisions constitutionnelles. Une telle interprétation serait de même nature que la précédente en ce sens que l'interprétation changeante de la Constitution dicterait le concept de liberté devant être préservée. Nous croyons qu'au centre de ce problème est une conception legaliste de la liberté. Cette conception est legaliste, car elle ne se questionne pas sur la nature du concept de liberté, mais seulement sur les lois et les protections qui visent à la sauvegarder. La liberté devient un concept vide, purement nominal, ce qui est somme toute paradoxal compte tenu de l'objectif général de la thèse de *Before the next attack* : « Above all else, we must prevent politicians from exploiting momentary panic to impose long-lasting limitations on liberty. »¹⁶⁵. Nous croyons qu'il faut savoir ce qu'on entend par *liberté* pour se porter efficacement à sa défense.

Par contre, dans *The future of Liberal revolution*, Ackerman définit précisément le type de liberté qui est au centre de son libéralisme. Bien que le projet de ce livre ne soit pas étranger aux préoccupations de la thèse dualiste, on ne peut en déduire que le concept de liberté que l'on y trouve est sous-jacent aux développements théoriques de *Before the Next attack* ou de *We the people*. C'est en 1992, peu de temps après la chute du mur de Berlin, que Bruce Ackerman écrit cet essai portant sur les perspectives de changements dans les anciens régimes communistes. Son projet consiste à montrer l'existence d'une brève période succédant les révolutions réussies où il est possible pour les dirigeants de changer radicalement l'ordre des choses par l'implantation d'un nouvel ordre constitutionnel.¹⁶⁶ Cette thèse se rapproche de l'intuition de la démocratie dualiste en soutenant qu'une mobilisation populaire est nécessaire afin d'instaurer un ordre constitutionnel nouveau. Cet ordre nouveau qui est l'objet avoué de toutes les révolutions prend un sens particulier quand il est question d'une révolution libérale. En effet, la valeur de liberté qui est au centre de l'idée libérale est l'égalité non-dominée (*undominated equality*).¹⁶⁷ « The challenge is to define new forms of interventions that will make undominated equality a social reality. »¹⁶⁸. C'est sous cette forme que Ackerman propose d'unifier les volontés d'égalité et de liberté

¹⁶⁵ Bruce Ackerman, *Before the next attack : preserving civil liberties in an age of terrorism*, New Haven, Yale University Press, 2006. p. 3

¹⁶⁶ Bruce Ackerman, *The future of liberal revolution*, New Haven, Yale University Press, 1992. p. 3

¹⁶⁷ Bruce Ackerman, *The future of liberal revolution*, New Haven, Yale University Press, 1992. p. 12

¹⁶⁸ Bruce Ackerman, *The future of liberal revolution*, New Haven, Yale University Press, 1992. p. 24

propres aux libéraux de gauche. Le concept de liberté qui y est central est proche de celui de la non-domination que nous étudierons au chapitre suivant. Par contre, et c'est le principal problème de la thèse de *Before the next attack*, l'intuition de Ackerman ne s'est pas traduite par une approche faisant suffisamment de place à ce concept de liberté dans sa théorie constitutionnelle. Le principal problème de la thèse de Bruce Ackerman est donc de ne pas avoir les moyens théoriques nécessaires à sa thèse. En ce sens, il ne pourra pas répondre adéquatement à notre souci de préserver les libertés civiles en situation d'urgence car on ne sait jamais de quelle liberté il s'agit véritablement.

Chapitre 4 : Constitution, situation d'urgence et liberté comme non-domination

Comme nous l'avons vu, les quatre propositions paradigmatiques présentes dans la littérature ne permettent pas de répondre de façon satisfaisante à l'argument sécuritaire exemplifié dans la pensée de Posner, Posner et Vermeule et ne peuvent donc assurer l'objectif de la préservation des libertés civiles en état d'urgence. Nous espérons avoir montré que la cause principale de cette défaillance est le concept de liberté mobilisé.

En effet, les deux premières positions tablaient sur un concept de liberté comme non-interférence qui structurait le débat autour de la thèse de la balance. Or la thèse de la balance est un compromis inadéquat pour toute personne voulant préserver les libertés civiles en état d'urgence, car elle force toujours un compromis entre liberté et sécurité. Cette concession initiale fournit une ouverture à l'erreur et donc à des mesures liberticides injustifiées de la part de la magistrature tout en conférant au président un rôle marquant, car lui seul possède l'information nécessaire à l'évaluation du risque.¹⁶⁹ Dans le cas des deux thèses supportant une forme de déférence aux organes populaires, nous avons vu que toutes deux contenaient des conceptions de la liberté problématiques. La première proposition suggérait en effet un concept positif de liberté qui entraîne des conséquences qui ne sont pas souhaitables en plus d'aller à l'encontre de notre compréhension intuitive de la liberté. Dans la seconde proposition, le problème se situait au niveau du degré de définition de la liberté. La liberté de type legaliste est purement nominal et peut difficilement être une valeur à l'aune de laquelle juger des mesures à accepter en état d'urgence. En somme, les concepts de liberté que nous avons explorés entraînent soit la thèse de la balance, soit des conséquences inacceptables ou alors sont vides de sens. Le concept de liberté est central aux débats sur la préservation des libertés civiles en état d'urgence et doit être l'objet de nos recherches.

Nous nous interrogeons en début de parcours si la pratique de la révision constitutionnelle permettait d'assurer la pérennité des libertés civiles? Nous avons vu que la pratique de la révision constitutionnelle ne permet pas aujourd'hui, du point de vue des institutions formelles et informelles, la préservation des libertés civiles. Nous avons exploré au premier

¹⁶⁹ Phillip J. Cooper, *By order of the president; the use and abuse of executive direct action*, Lawrence, University Press of Kansas, 2002. p. 143-197

chapitre la présence d'institutions formelles et avons conclu qu'elles étaient insuffisantes. Nous avons toutefois considéré la possibilité de discours légitimant (institutions informelles) suffisamment acceptés et justifiés, qui assureraient la préservation des libertés civiles en état d'urgence. Ce dernier discours rend légitime un pouvoir discrétionnaire situé dans la magistrature sans toutefois permettre un pouvoir arbitraire. Or, nous avons conclu qu'il n'existait pas de discours légitimant suffisamment accepté ou justifié pour assurer la protection des libertés en situation d'urgence. Le projet républicain de Pettit, se concentrant autour d'un concept de liberté particulier, permet d'éclairer autrement le débat.

Nous avons clos le dernier chapitre sur la proposition de Bruce Ackerman dans *The future of liberal revolution* qui proposait le concept de liberté comme « undominated equality »¹⁷⁰ qui serait propre à une tradition libérale. Ce concept d'égalité non-dominée nous semble très proche de ce que Pettit nomme la liberté comme non-domination.¹⁷¹ Nous croyons, et c'est l'objet de ce chapitre, que ce dernier concept de liberté a des avantages indéniables sur le débat qui nous intéresse.

La liberté comme non-domination

Au début du troisième chapitre, nous avons distingué deux types de liberté : un premier qui voyait l'entrée en société comme une limitation quantitative de liberté et un second pour lequel la société constituait la liberté. Le premier type de liberté est une conception négative de la liberté comme non-interférence et s'inscrit dans la tradition hobbesienne qui implique une forme de la thèse de la balance. Il est maintenant temps de traiter du second type de liberté. Nous étudierons la proposition de Philip Pettit après un léger détour historique. En effet, avant de nous plonger dans le concept de liberté comme non-domination, nous voulons démontrer que ce concept de liberté n'est pas étranger à l'expérience américaine. À cet égard, il peut légitimement être invoqué comme discours légitimant même par les tenants d'une conception originaliste de la constitution. Nous montrerons ensuite qu'un tel concept de liberté permet de désamorcer l'argument sécuritaire avancé par Posner, Posner et Vermeule.

Mais clarifions d'abord ce que nous entendions par l'opposition fondamentale entre la liberté comme non-interférence, qui voyait dans l'entrée en société une perte quantitative de liberté, et ce second type de liberté, que nous identifions à la liberté comme non-

¹⁷⁰ Bruce Ackerman, *The future of liberal revolution*, New Haven, Yale University Press, 1992. p. 24

¹⁷¹ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004.

domination, pour lequel la liberté est constituée par l'ordre social. Pour Hobbes et les partisans de la liberté comme non-interférence, Dworkin, Posner et, dans une moindre mesure, Ackerman, les lois et les institutions sociales sont nécessairement des entraves à la liberté. En effet, toute loi est une interférence et toute interférence est condamnable en tant que telle.¹⁷² Par contre, la tradition républicaine ne condamne pas tant l'interférence que sa composante arbitraire. En ce sens, toute loi ou institution sociale ne représente pas nécessairement une diminution de liberté, bien au contraire. Lorsque les lois et les institutions empêchent l'éclosion d'un pouvoir arbitraire, elles promeuvent la liberté comme non-domination.

On retrouve cette pensée dans la mouvance républicaine chez Locke, Rousseau et Pettit, qui nous intéresse particulièrement. Chez Locke, on peut lire : « la finalité de la loi n'est pas d'abolir ou de restreindre, mais de préserver la liberté. »¹⁷³, ce qui va clairement à l'encontre de la conception de la loi et de l'ordre social chez Hobbes. Suivant cette même idée, Rousseau écrit : « Sur cette idée [que les lois nuisent à la liberté] on voit à l'instant qu'il ne faut plus demander (...) comment on est libre et soumis aux lois, puisqu'elles ne sont que des registres de nos volontés. »¹⁷⁴. C'est parce que les lois émanent de notre volonté, qu'elles témoignent de nos idées et de nos intérêts, dirait Pettit, qu'elles sont créatrices de liberté et non des facteurs de sa diminution. Pettit soutient une thèse similaire : « la liberté correspond à un statut [la citoyenneté] qui ne peut exister que dans le cadre d'un régime de droit légitime »¹⁷⁵ et ce système de droit est légitime « dans la mesure où les lois respectent les intérêts et les idées que le peuple a en commun. »¹⁷⁶. Pettit s'inscrit bien dans cette tradition qu'il tente de réanimer par l'entremise du concept de liberté comme non-domination.

L'avantage d'une telle conception de la liberté, à nos yeux et à ceux de Pettit, est qu'elle « sape toute référence à l'idée de compensation, [à] tout discours consistant à dire qu'il faut

¹⁷² Berlin « Two concept of liberty » dans *Freedom, A philosophical anthology*, ed Matthew H. Kramer, Ian Carter et Hillel Steiner, Singapour, BlackWell Publishing, 2007.

¹⁷³ John Locke cité dans Philip Pettit , *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004. p. 63

¹⁷⁴ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, Paris, GF Flammarion, 1992. p. 63

¹⁷⁵ Philip Pettit , *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004. p. 58

¹⁷⁶ Philip Pettit , *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004. p. 58

faire un pas en arrière pour pouvoir en faire deux vers l'avant. »¹⁷⁷. Elle fait en ce sens l'économie d'une concession en vue d'un autre bien. Nous avons vu dans le cas de Berlin et de Hobbes qu'il y avait toujours une diminution de liberté en vue d'une plus grande sécurité. Or, la liberté comme non-domination, parce qu'elle est constituée par les institutions légitimes, ne requiert pas cette concession initiale. Cette parcimonie théorique permet d'éviter la thèse de la balance et désamorce en partie l'argument sécuritaire. Nous reviendrons sur ce point capital. En plus de faire preuve de parcimonie théorique, en s'économisant le détour de l'argument sécuritaire, elle semble plus en accord avec nos intuitions premières. En effet, il semble paradoxal d'accorder une quelconque valeur à une liberté que l'on ne trouverait que dans le silence des lois. De plus, l'état de liberté absolu est compatible avec l'état de guerre. Or, il semble peu plausible de se considérer libre en pleine guerre, lorsque les lois sont silencieuses, ou même de faire de cette liberté une valeur à protéger. Il faut trouver la liberté dans l'état social et considérer les institutions comme constituantes de cette liberté.¹⁷⁸

Cette liberté qui nécessite les institutions sociales n'est pas étrangère à l'expérience américaine. En ce sens, elle peut s'inscrire dans ce que Breyer nomme un thème interprétatif qui serait américain. Pettit invoque fréquemment le moment révolutionnaire américain comme exemple du type de liberté qu'il désire explorer.¹⁷⁹ Mais nous trouvons aussi dans les écrits de Reid un lien étroit entre la liberté comme non-domination et la période révolutionnaire américaine. En effet, dans *The concept of Liberty in the age of the american revolution*, John Philip Reid explore le sens que la liberté prenait dans le 18^{ème} siècle anglais. Comme nous, il distingue deux conceptions de la liberté : la liberté naturelle et la liberté civile. La première, la liberté naturelle, est la liberté comme non-interférence de la tradition hobbesienne. Ce type de liberté, défini comme la capacité de faire ce que l'on veut, est en fait une forme de licence.¹⁸⁰ Cet excès ou mauvais usage de la liberté n'est pas compatible avec l'état civil et ne peut être un de ses objectifs. En effet, « Liberty from

¹⁷⁷ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004. p. 58-59

¹⁷⁸ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004. p. 145

¹⁷⁹ entre autres : Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004. p.38, 50, 54, 56, 62

¹⁸⁰ John Phillip Reid, *The concept of liberty in the age of the american revolution* Chicago et Londres, The university Press of Chicago, 1988. p. 34

restraint could exist only if there were laws restraining the liberty of others. »¹⁸¹, ce qui est une négation dans les termes. C'est bien la liberté sociale qui doit être garantie, la liberté de la république.¹⁸² L'usage du concept de liberté comme non-interférence est une erreur dans un contexte politique, car on se trompe alors entre liberté civile et liberté naturelle ; la première devant être préservée, la seconde évitée.¹⁸³ Mais la licence, bien qu'elle consistait en un abus de liberté, n'était que rarement comprise comme une antithèse à la liberté. La véritable antithèse de la liberté était l'esclavage et le pouvoir arbitraire.

« It is apparent that the people in the eighteenth century did not distinguish between what today is termed 'positive liberty' and 'negative liberty'. As noted above, very few writers identified liberty with the freedom to do what one wished to do without restraint ; on the contrary, that was precisely how James Otis defined the concept of 'arbitrary'. Rather, liberty in the eighteenth century was thought of much more in relation to 'negative liberty' ; that is, freedom *from*, not freedom *to*, from a number of social and political evils, including arbitrary government power. »¹⁸⁴

La liberté naturelle ou la licence, telle que Hobbes la comprend, n'était pas un objectif républicain du gouvernement libre. La liberté propre à l'expérience républicaine américaine se déclinait de façon négative et était une liberté contre l'esclavage et une liberté contre le pouvoir arbitraire. Elle ne prête donc pas flanc aux mêmes critiques que la proposition de Benjamin Barber qui table sur une conception positive de la liberté. Il existe bien sûr quelques similitudes entre la licence et le pouvoir arbitraire, car la licence est l'utilisation arbitraire de la liberté, mais on ne décriait que rarement la licence au nom de la liberté. Bien plus, le pouvoir arbitraire, parce qu'il mettait en péril la sécurité et la propriété, était une menace à la liberté. En effet, « The fear was arbitrary power, because arbitrary power meant the loss of liberty. »¹⁸⁵. Le second élément de la définition négative de la liberté était la possession d'un tel pouvoir arbitraire et s'inscrivait dans la distinction entre esclave et citoyen.¹⁸⁶ Le trait caractéristique de la situation de l'esclave était sa soumission à la

¹⁸¹ John Phillip Reid, *The concept of liberty in the age of the american revolution* Chicago et Londres, The university Press of Chicago, 1988.p. 30

¹⁸² John Phillip Reid, *The concept of liberty in the age of the american revolution* Chicago et Londres, The university Press of Chicago, 1988.p. 108, Quentin Skinner, *La liberté avant le libéralisme*, Paris, Édition du Seuil, 2000.

¹⁸³ John Phillip Reid, *The concept of liberty in the age of the american revolution* Chicago et Londres, The university Press of Chicago, 1988.p. 75

¹⁸⁴ John Phillip Reid, *The concept of liberty in the age of the american revolution* Chicago et Londres, The university Press of Chicago, 1988.p. 56

¹⁸⁵ John Phillip Reid, *The concept of liberty in the age of the american revolution* Chicago et Londres, The university Press of Chicago, 1988.p. 109

¹⁸⁶ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004. 52-57 ; John Phillip Reid, *The concept of liberty in the age of the american revolution* Chicago et Londres, The

volonté arbitraire d'un tiers. Il était en ce sens dominé. L'homme libre à l'inverse se définissait par l'absence de cette domination. Il n'était soumis à aucun pouvoir arbitraire. « Slavery, after all, was the other side of liberty, and fear of slavery was but fear of liberty lost. »¹⁸⁷.

Pettit range sous le concept de domination l'esclavage et le pouvoir arbitraire. Bien plus, il comprend l'esclavage comme la possession par un tiers d'un pouvoir arbitraire sur un individu. Il est donc clair que le concept de liberté présent au moment révolutionnaire américain était du même acabit que celui que Pettit tente de réanimer. Les Américains du 18^{ème}, tout comme Pettit, voyaient dans la Constitution le moyen de se prévenir contre le pouvoir arbitraire et donc de préserver leur liberté. Pocock, à cet égard, expose bien la dichotomie entre pouvoir et liberté présente dans la pensée révolutionnaire.¹⁸⁸ La constitution ou l'arrangement institutionnel devait prévenir la corruption vers la licence ou la tyrannie. Il est donc légitime d'invoquer ce concept dans l'analyse de la Constitution américaine dans la mesure où ce dernier était présent au moment fondateur. Bien que ce ne soit pas en soi une raison suffisamment probante, nous croyons que ce concept de liberté qui est à la source de la révolution américaine peut avoir des conséquences intéressantes sur le débat qui nous intéresse. Nous explorerons les caractéristiques de la Constitution permettant d'éviter le pouvoir arbitraire pour ensuite voir comment elle s'applique en situation d'urgence.

Nous pouvons aussi trouver le concept de liberté comme non-domination de manière analytique. Berlin structure le concept de liberté de manière dichotomique en distinguant la liberté négative et la liberté positive. La première est caractérisée par l'absence d'interférence et la seconde par la maîtrise de soi. Or il existe bien une troisième possibilité qui serait négative et emprunterait à la liberté positive sa préoccupation pour une forme de maîtrise de soi. Cette liberté est négative, car elle table sur l'absence d'un élément et s'inspire de l'idée positive en invoquant la domination comme l'antithèse de la maîtrise

university Press of Chicago, 1988.p 91-97; Quentin Skinner, *La liberté avant le libéralisme*, Paris, Édition du Seuil, 2000.

¹⁸⁷ John Phillip Reid, *The concept of liberty in the age of the american revolution* Chicago et Londres, The university Press of Chicago, 1988. p. 91

¹⁸⁸ J. G. A. Pocock, *The Machiavelian Moment, Florentine Republican Thought and the Atlantic Republican tradition*, Princeton, Princeton University Press, 2003. p.508

de soi.¹⁸⁹ Il est ainsi possible de conceptualiser la liberté non pas seulement comme absence d'interférence ou comme maîtrise de soi, mais aussi comme absence de domination.

Dans son livre *Républicanisme*, Pettit nous propose une définition succincte de la domination comportant trois éléments qui définissent négativement l'espace de liberté promue. L'action d'une personne est une forme de domination si : « 1. [une personne] dispose d'une capacité d'interférence; 2. sur une base arbitraire; 3. dans certains choix que l'autre est en mesure de faire »¹⁹⁰. La première et la dernière caractéristique de la domination ont trait à l'éventail de choix disponibles. Dans un premier temps, il faut que l'interférence soit une détérioration de mon éventail de choix par une action plus ou moins intentionnelle et non une simple altération du choix.¹⁹¹ La troisième condition de la domination stipule qu'une personne peut être dominée dans certains choix ou domaines d'activités sans qu'elle le soit dans tous les domaines.¹⁹² En somme, cela implique que la domination varie selon l'intensité et selon l'extension.

Mais l'élément central du concept de liberté comme non-domination est le critère de l'arbitraire. La non-liberté (*unfreedom*) est un état de domination: celui d'être soumis à un pouvoir arbitraire. Cette conception se distingue de la liberté comme non-interférence de plusieurs façons.¹⁹³ D'abord, elle n'est pas matérialiste, en ce sens qu'elle intègre les phénomènes psychologiques et les états mentaux des individus ressentant la domination. Elle n'est pas atomiste car elle comprend la liberté comme un bien social qui émane des institutions et la domination est un état relationnel. Elle n'est pas volontariste dans la mesure où elle ne fait pas de la poursuite de la volonté individuelle un critère de liberté. En effet, d'autres facteurs comme les relations de pouvoirs entrent en jeu. Finalement, comme nous le disions plus tôt elle est diachronique en ce sens qu'elle se soucie de la possibilité d'interférence donc d'interférences futures pouvant advenir. Le critère de l'arbitraire permet de discriminer entre les pouvoirs qui sont légitimes et qui ne représentent pas des formes de domination et les pouvoirs arbitraires qui représentent des formes de domination. Ceci implique qu'il existe des formes de domination qui ne sont pas des interférences et

¹⁸⁹ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004. p. 41

¹⁹⁰ Pettit, P., *Républicanisme, une théorie du gouvernement*. nrf essais, ed. Gallimard. 2004, Paris. P. 77

¹⁹¹ ibid. et Pettit, P. *Freedom and the market*. 2005. New Orleans p. 23

¹⁹² Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004.p. 85

¹⁹³ infra p. 30

qu'il existe des interférences qui ne sont pas de formes de domination.¹⁹⁴ Nous reviendrons sur les caractéristiques des institutions qui n'engendrent pas des formes de domination.

Interférence		Capacité d'interférence	
légitime	illégitime	illégitime	légitime
Interférence légitime	Interférence arbitraire	Pouvoir arbitraire	Pouvoir légitime
Liberté	Domination		Liberté

La présence d'interférence n'est pas un critère suffisant qui permet de discerner entre la jouissance d'un état de liberté et d'une absence de liberté. Plutôt, il semble intuitif de condamner l'arrestation injustifiée d'un individu par un policier (interférence arbitraire) ou même simplement la possession par ces policiers d'un tel pouvoir (pouvoir arbitraire), car ce sont des formes de domination. Tout comme on peut considérer comme normal l'emprisonnement suite à un crime (interférence) ou que l'État républicain possède ce pouvoir coercitif dans l'application des lois (pouvoir légitime). Ce qui est à condamner dans ces scénarios est la possession d'un pouvoir illégitime et non pas l'interférence en tant que telle, car la simple possession d'un tel pouvoir, comme dans le cas du policier est un facteur qui diminue l'intensité et l'extension de la liberté. Mais, cela nous permet de dire que l'interférence et la domination ne sont pas des domaines coextensifs. Il peut y avoir interférence sans domination et domination sans interférence.¹⁹⁵

Reconfiguration du débat sécuritaire selon la domination :

Comme nous le disions en introduction, « le rôle de la philosophie politique est d'interroger les langages dans lesquels cette conversation est conduite ; si cela est nécessaire, sa tâche est également d'inventer ou de réinventer les termes et les idiomes qui peuvent contribuer à rendre les convergences plus claires et plus faciles. »¹⁹⁶. Un des reproches les plus importants que l'on peut faire au débat actuel concernant les menaces sécuritaires a trait au vocabulaire qui le structure. Ce dernier occulte une partie des enjeux auxquels nous faisons face. En effet, en invoquant deux principes hétéronomes que sont la liberté et la sécurité, il devient extrêmement difficile de comparer les deux revendications. La thèse qui sous-tend

¹⁹⁴ Philip Pettit , *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004.p 91-94

¹⁹⁵ Philip Pettit , *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004.

¹⁹⁶ Philip Pettit , *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004. p. 171

l'argument sécuritaire semble myope à la menace de la domination provenant du gouvernement lui-même. Malgré cette myopie, la thèse de la balance, qui consiste précisément à comparer la liberté et la sécurité, s'impose d'elle-même dans le débat. Lorsque ce n'est pas le cas, comme nous l'avons vu, les concepts de liberté utilisés sont défaillants. Nous croyons qu'il est possible de reconfigurer le débat en utilisant le concept de liberté comme non-domination et de rendre compte de tous les cas de figures concernant les menaces de domination.

Typologie des dominations

Agent	Agent collectif (État)		Agent individuel (individu ou groupe)	
domination	Public/individu	Public/collectivité	Privé-groupe /individu	Privé-groupe/collectivité
résultat	Tyrannie (1)	Empire (2)	Domination privée (3)	Domination publique (4)
Forme politique	Totalitarisme-dictature	Colonialisme-pays satellite	Esclavage-manipulation	Autocratie- Terrorisme
Solution	République	Fédération	Citoyenneté	

La domination peut s'effectuer de la part d'un agent collectif, tel que l'État, ou par des agents individuels ou des groupes. De même, cette domination peut s'exercer sur des individus ou des collectivités. Il y a donc quatre possibilités. (1) Lorsqu'un agent collectif domine des individus, on parle de tyrannie. (2) Lorsqu'un agent collectif domine un autre agent collectif, on parle d'empire. (3) Lorsqu'un agent individuel ou un groupe domine un autre agent individuel, on parle de domination privée. (4) Finalement, lorsqu'un agent individuel ou un groupe domine une collectivité, on parle de domination publique.¹⁹⁷ Dans le premier cas, la tyrannie, l'intensité et l'extension varient du totalitarisme à la dictature ; dans le cas de l'empire, du colonialisme au pays satellite ; lorsqu'il est question de domination privée, le type de domination varie de l'esclavage à la manipulation ; finalement, dans le cas de la domination publique, elle va de l'autocratie au terrorisme.

Une telle reconfiguration permet d'une part de comparer des comparables, c'est-à-dire les formes de domination et d'autre part d'évaluer l'intensité et l'extension de chacune d'elle,

¹⁹⁷ Nous utilisons ici domination publique à défaut d'une thématization explicite dans la littérature et par soucis de symétrie.

sans négliger aucune d'elles. Cette typologie nous permet aussi de cibler le moyen de réduire l'intensité et l'extension de la menace par l'élimination de la composante arbitraire dans les relations de domination. En ce sens, dans le cas de la tyrannie, la solution est la république, dans le cas de l'empire, c'est la fédération, dans le cas de la domination privée et publique, c'est la citoyenneté. Cette conception de la menace terroriste permet d'intégrer les soucis propres à la préservation des libertés civiles tout en évitant la thèse de la balance et elle reconfigure le débat en reconnaissant l'ensemble des menaces possibles.

Approcher le terrorisme par le biais de la domination semble clarifier la menace à laquelle les États font face. En effet, ce n'est pas seulement de l'attaque effective, c'est-à-dire de l'interférence, des terroristes dont il faut se protéger, mais aussi, et peut-être surtout, de la menace qu'ils représentent.¹⁹⁸ Bien que les actes d'interférence menés par les terroristes soient graves, le danger réside dans la possession par ceux-ci d'un tel pouvoir. Mais advenant une telle interférence, il faut aussi reconnaître que de tous les types de domination, la domination publique associée au terrorisme est peut-être la moins importante. En effet, entre l'état totalitaire, la dictature, le colonialisme, le statut de pays satellite, l'esclavage, la manipulation, l'autocratie et le terrorisme, l'intensité, l'extension et les conséquences semblent moins graves en ce qui concerne le terrorisme. Bruce Ackerman fait, par ailleurs, un constat similaire en se basant sur le projet politique des terroristes.¹⁹⁹ Les actes terroristes ont en effet une extension limitée tant dans l'espace que dans le temps. Même dans les pires scénarios, une attaque bactériologique ou une bombe sale, l'attaque effective reste limitée à une ville ou au pire à une région, et elle le sera pendant une brève période de temps, contrairement à la tyrannie qui s'étend à un État entier et pour une période de temps indéterminée. La menace terroriste est ainsi inférieure en regard de l'extension et de l'intensité de la menace. Elle est donc, avec la manipulation, une des formes de domination les moins extensives. De plus, elle n'a pas une intensité si grande pour l'ensemble de la population. Bien qu'elle puisse être funeste pour une partie de la population, elle ne touche qu'en superficie l'ensemble de la collectivité et ce contrairement à la manipulation qui a toujours un certain caractère intrusif et donc possède plus d'intensité. Cette gradation des formes de domination nous permet d'affirmer que la

¹⁹⁸ Allan Dershowitz, *Why terrorism works, understanding the threat, responding to the challenge*, New Haven, Yale University Press, 2002.

¹⁹⁹ *infra* p. 17

menace terroriste n'est pas le plus grand danger auquel les États légitimes et au premier chef les États-Unis doivent se prémunir.

Le danger, en réalité, réside dans la substitution d'une forme de domination par une autre, dans le cas des États-Unis il s'agit de substituer la domination publique par une forme de tyrannie et de colonialisme. La réponse au premier danger est la république, que l'on comprend sous notre angle institutionnel par son ordre constitutionnel. Quant au second, c'est la citoyenneté, mais un type particulier de citoyenneté dans un ordre mondial. Même s'il est difficile d'ignorer les enjeux liés aux guerres d'Irak et d'Afghanistan, nous n'aborderons pas les problèmes propres au colonialisme. Nous désirons bien plus nous attarder sur la question de la préservation des libertés civiles en situation d'urgence et celle-ci passe par l'ordre constitutionnel étatique.

En se concentrant sur la composante arbitraire des pouvoirs, cela nous permet de mettre côte à côte les menaces liées au terrorisme et celles liées à la tyrannie. De plus, cette approche nous permet de voir que l'enjeu n'est pas tant dans l'interférence actuelle, l'acte terroriste comme tel, mais bien plus dans la capacité d'interférer, la possibilité que survienne un tel acte. En effet, le risque est tributaire de la capacité d'interférer et non de l'interférence actuelle. En ce sens, en reconfigurant le débat de la sorte, nous avons trouvé une niche intéressante et une application différente, mais tout à fait pertinente, au concept de liberté comme non-domination qui est central à l'approche républicaine de Pettit.

Advenant une situation d'urgence particulièrement menaçante telle qu'une attaque terroriste sur une grande ville, le gouvernement risque d'instaurer un ensemble de mesure visant à réduire cette menace. En premier lieu, il risque de demander la suspension des droits d'habeas corpus. En effet, il soutiendra que la menace est si grande que la sécurité requière que l'on agisse rapidement. Afin d'agir rapidement et de préserver la liberté, il est nécessaire de suspendre certains droits fondamentaux. Une telle affirmation est parfaitement cohérente avec la structure conceptuelle propre à l'argument sécuritaire : au nom de la sécurité, il faut réduire la liberté. À cela, les critiques de l'argument que nous avons traité jusqu'à présent n'avaient en réalité que peu à répondre. Que ce soit l'argument déontologique, l'argument libéral ou l'argument legaliste qui proscrivait moralement une telle concession, mais qui ne permettait pas effectivement de sauvegarder les libertés civiles ou l'argument communautarien qui souscrivait à une solution peu attractive, aucun ne permettait de désamorcer cet argument.

Avec la reconfiguration du débat autour du concept de domination, nous voyons qu'il n'est plus question de deux biens qui s'opposent, la liberté et la sécurité, mais bien de la liberté qui doit être avancée et de la domination qui doit être évitée. Dans le domaine de l'argument sécuritaire, le pourvoyeur de sécurité n'est autre que l'État. C'est pour cette raison que ce premier schéma conceptuel est myope aux autres menaces entourant cette concession. Or, en se concentrant autour des concepts de liberté et de domination, il apparaît clairement qu'une concession de liberté à la sécurité entraîne une nouvelle menace de domination de la part du gouvernement, celle de tyrannie. De plus, la solution n'est plus simplement gouvernementale et ponctuelle, comme dans le cas de l'argument sécuritaire, mais se veut étatique et structurelle, par le biais de la citoyenneté. C'est en ce sens que l'approche que nous privilégions permet d'éviter le sophisme de l'argument sécuritaire pour préserver la liberté de toutes les menaces, sous toutes ses facettes.

La non-domination et la thèse de la balance

Comme nous l'annoncions, le concept de liberté comme non-domination ne prête pas flanc à l'inconfort lié à la thèse de la balance. En effet, nous croyons qu'il n'est jamais question, lorsqu'on utilise le concept petitien de liberté, d'une concession à faire à la liberté en vue de la sécurité. Ainsi, le concept de liberté comme non-domination désamorce l'argument sécuritaire. Tout d'abord, parce que la liberté est constituée par l'ordre social, comme nous l'avons établie plus haut, il n'y a pas de compromis initial à la liberté au nom de la sécurité. La liberté comme non-interférence impliquait toujours une diminution de la liberté en vue de la paix ou de la sécurité. Or, la liberté comme non-domination, parce qu'elle est constituée par l'ordre social n'exige pas cette concession initiale. Cette thèse est donc, à ce titre, supérieure à l'argument sécuritaire que nous avons traité au chapitre précédent (a) d'une part parce qu'elle fait preuve de parcimonie théorique en ne postulant pas une liberté absolue qu'il faut moduler selon les exigences de la sécurité, (b) ensuite parce qu'elle nous semble être un idéal plus attractif que la liberté comme non-interférence, (c) de plus, cet idéal nous permet de mieux comprendre la constellation de menaces à laquelle nous faisons face sans en occulter aucune, (d) cette thèse est aussi en accord avec l'histoire constitutionnelle américaine, (e) finalement, comme nous le verrons sous peu, elle présente une meilleure cohérence que la thèse de la liberté comme non-interférence.

Diverses critiques, bien qu'incomplètes, de la thèse de la balance existent. Nous pouvons les ranger en deux groupes. Les premiers exigent que nous vivions avec l'insécurité, les

seconds demandent une forme de prudence à l'égard des discours structurés autour de la thèse de la balance.

Dans le premier clan, Lint et Virta demandent une re-politisation du discours sécuritaire. Selon eux, le processus de réification de la sécurité entraîne une forme d'élitisme.²⁰⁰ La sécurité étant quantifiable, l'option sécuritaire n'est plus un choix politique, mais une nécessité objective et devient l'apanage d'experts. Il faut s'armer contre une telle épistémocratie en redécouvrant le politique derrière le discours sécuritaire. Selon nos auteurs, « A radical security politics, then, is both a rejection of authoritarianism and an embracing of ambiguity. »²⁰¹ Mark Neocleous, bien qu'il veuille se distinguer de Lint et Virta, arrive à des conclusions similaires : « The genuinely radical position now requires us to be *against* security, a position that can be developed only through its *critique*. »²⁰² Il parvient à cette conclusion suite à une critique de l'idéologie libérale trouvant, dans un projet similaire à celui de Schmitt, en son centre la prééminence de l'argument sécuritaire sur la liberté.²⁰³ Il faut rejeter le concept étatiste et bourgeois de la sécurité et accepter cette insécurité au fondement de notre existence.²⁰⁴ Ronald Dworkin, bien qu'il ne s'inscrive pas dans une tradition critique comme les auteurs précédents, démontre aussi un certain malaise face à la thèse de la balance. Ainsi, il propose de reformuler la thèse de la balance de la façon suivante : « we must balance our security against our honor. Are we now so frightened that honour means nothing ? »²⁰⁵ La liberté demande un certain sacrifice de notre part et il faut se demander si ce sacrifice en vaut la peine ; Dworkin, évidemment, répond par l'affirmative. Cette dernière formulation de la question n'est d'ailleurs pas nouvelle et semble ressurgir périodiquement en temps de guerre. En plein cœur de la Première Guerre mondiale, Wilbur C. Abbott écrit : « we are not ready to exchange self-government for autocracy, liberty for comfort ; to sacrifice honor and the esteem of our

²⁰⁰ Willem de Lint et Sirpa Virta, *Security in ambiguity, toward a radical security politics*, Theoretical Criminology, vol. 8, n. 4. 2004 p. 470

²⁰¹ Willem de Lint et Sirpa Virta, *Security in ambiguity, toward a radical security politics*, Theoretical Criminology, vol. 8, n. 4. 2004 p. 473

²⁰² Mark Neocleous, *Security, Liberty and the Myth of Balance : Toward a Critique of Security Politics*, Contemporary Political Theory, vol. 6, 2007. p. 146

²⁰³ Mark Neocleous, *Security, Liberty and the Myth of Balance : Toward a Critique of Security Politics*, Contemporary Political Theory, vol. 6, 2007. p. 134-144

²⁰⁴ Mark Neocleous, *Security, Liberty and the Myth of Balance : Toward a Critique of Security Politics*, Contemporary Political Theory, vol. 6, 2007. p. 146

²⁰⁵ Ronald Dworkin, *Is democracy possible here?, principles for a new political debate*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2006. p. 51

fellow men for power »²⁰⁶. Comme nous le notions au sujet de Benjamin Barber, il nous semble erroné de chercher dans la modification de nos perceptions un sauf-conduit à l'insécurité. Bien que certaines des critiques soient pertinentes, particulièrement la réification de la sécurité qui entraîne l'évacuation du politique, nous croyons que certaines actions sont nécessaires et que celles-ci dépassent le cadre restreint de la modification de nos perceptions.²⁰⁷

La seconde approche courante dans la littérature est une incitation à une forme de doute à l'égard de la thèse de la balance. En fait, on demande d'être plus critique face à la concession de liberté. Ce n'est donc pas un rejet de la thèse de la balance, mais l'affirmation de la nécessité d'une plus grande vigilance à cet égard. On retrouve un tel principe conservateur face à la protection des libertés civiles tant chez Michael Ignatieff, Cole et Dempsey, Jeremy Waldron que chez Brian Orend.²⁰⁸ Une telle approche militant pour une plus grande vigilance de la part des juges de la Cour suprême laisse intacte la composante arbitraire du pouvoir qu'on leur accorde. Il faut donc, à notre sens, l'écarter pour cette raison : elle ne permet pas d'assurer la préservation des libertés civiles en état d'urgence. En fait, elle ressemble bien plus à une exhortation qu'à une quelconque demande légitime, ce qui va à l'encontre de l'idéal de la non-domination. En effet, à demander plus de vigilance de la sorte, on reconnaît implicitement la légitimité du pouvoir arbitraire qui réside dans la magistrature. Qui plus est, même si les juges de la Cour suprême étaient réceptifs à ces demandes, on ne peut se fonder sur la mansuétude de quelques hommes pour garantir la liberté d'un peuple.

David Luban soulève un point que nous désirons pousser un peu plus loin : « rights are themselves forms of security »²⁰⁹. Les droits sont en effet des garanties de liberté contre le pouvoir des gouvernants. En ce sens, il est paradoxal de concéder une forme de sécurité au profit d'une autre. C'est ce que nous tentions de montrer en établissant les formes possibles

²⁰⁶ Abbot C. Wilbur, *The War and the american democracy*, The Yale Law Review, vol. 5, 1914-1915. P. 484-502

²⁰⁷ Willem de Lint et Sirpa Virta, *Security in ambibuity, toward a radical security politics*, Theoretical Criminology, vol. 8, n. 4. 2004 p. 469-470

²⁰⁸ Michael Ignatieff, *The lesser Evil, Political ethics in an age of terror*, Toronto, The Guilford Lectures, Penguin Canada. 2004. ; David Cole et J. X. Dempsey, *Terrorism and the Constitution, Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*, New York & Londres, The New Press, 2006.; Orend, B., *The morality of war*, Broadview press, 2006; Jeremy Waldron, *Security and Liberty: the image of balance*, The journal of political philosophy, vol. 11, n. 2, 2003 p. 191-210

²⁰⁹ David J. Luban, « Eight fallacies about Liberty and Security » dans *Human Rights in the « War ont Terror »*, ed. Richard A. Wilson, New York, Cambridge University Press, 2005. p. 245

de domination et en désirant reconfigurer le débat autour du concept de liberté comme non-domination. La liberté comme non-domination peut être comprise comme une forme de sécurité, la sécurité contre toute interférence illégitime. Cette compréhension de la liberté comme sécurité n'est pas étrangère à l'expérience américaine. En effet, on définissait la liberté au 18^{ème} siècle comme la sécurité de sa personne et de ses biens.²¹⁰ Or, cette liberté comme sécurité n'est rien sinon la liberté comme non-domination. En effet, c'est la possession par un tiers d'un pouvoir arbitraire qui met en péril la sécurité de mes biens et de ma personne qui est à condamner. La controverse autour de la taxation est un exemple probant de ce concept de liberté. Joseph Priestley écrit : « For by the same power, by which the people of England can be compelled to pay *one penny*, they can compel them to pay the last penny they have. »²¹¹. C'est la composante arbitraire du pouvoir qui est décriée. La liberté comme non-domination est une forme de sécurité contre tout pouvoir arbitraire. Le problème de l'approche de Luban est qu'elle déplace le débat du type de liberté vers le concept de droit. Or, bien que ce concept résiste à des calculs de type utilitariste, il a par le fait même le désavantage de ne pas partager une approche conséquentialiste avec l'argument sécuritaire, comme c'est le cas du concept de liberté comme non-domination. La liberté comme non-domination fait à cet égard bien mieux.

Une telle reconfiguration entraîne l'inadéquation de la thèse de la balance, car ce n'est plus une concession de la liberté envers la sécurité, mais une concession de liberté, ou de sécurité, envers la liberté, ou la sécurité. Or une telle concession fait peu de sens. De plus, cette idée met en cause le principe même de la concession, car la sécurité et la liberté n'opèrent plus dans un cadre de ressources limitées qu'elles doivent se partager. Contrairement à l'idée économique que Posner illustre à merveille, la liberté et la sécurité ne sont pas dans une relation dont la somme est nulle (*zero-sum relation*).²¹² Le statut de citoyenneté dont jouissent les individus est homogène et ne subit pas de pression, comme dans le cas de la liberté comme non-interférence, d'un principe hétérogène comme la sécurité. L'idéal de liberté comme non-domination offre donc une meilleure cohérence interne.

²¹⁰ John Phillip Reid, *The concept of liberty in the age of the american revolution* Chicago et Londres, The university Press of Chicago, 1988.

²¹¹ Joseph Priestley cité dans Philip Pettit, *Republican Freedom and contestatory democratization*, dans Ian Shapiro et Casiano Hacker-Cordon (éd.), Cambridge, Cambridge university Press. 1999 p. 173 et Rep. 231

²¹² David J. Luban, « Eight fallacies about Liberty and Security » dans *Human Rights in the « War on Terror »*, ed. Richard A. Wilson, New York, Cambridge University Press, 2005.

Certains argueront que c'est en fait une concession entre deux types de liberté, une liberté individuelle et une liberté collective et donc qu'il y a toujours présence de la thèse de la balance.²¹³ En effet, face à une menace extérieure, c'est la liberté commune que nous désirons alors sauvegarder et certaines concessions à une liberté individuelle sont nécessaires à cet égard. Or, la non-domination ne se plie pas non plus à ce genre de concession. En effet, le concept de liberté comme non-domination est un bien social devant être le plus également réparti pour que chacun puisse en jouir. Si quelqu'un jouissant du même statut que moi, la citoyenneté, subit une domination, alors je n'ai aucune raison de croire que moi-même, je ne subirai pas une telle domination. Comme nous le rappelle le pasteur berlinois Martin Niemöller :

« Lorsque les nazis sont venus chercher les communistes
 Je me suis tu, je n'étais pas communiste.
 Lorsqu'ils sont venus chercher les syndicalistes
 Je me suis tu, je n'étais pas syndicaliste.
 Lorsqu'ils sont venus chercher les sociaux-démocrates
 Je me suis tu, je n'étais pas social-démocrate.
 Lorsqu'ils sont venus chercher les juifs
 Je me suis tu, je n'étais pas juif.
 Puis ils sont venus me chercher
 Et il ne restait plus personne pour protester »²¹⁴

La leçon que nous pouvons tirer de cette expérience est que nul n'est véritablement libre si la citoyenneté n'offre pas à tous les mêmes garanties. Le projet de la non-domination est donc un idéal égalitaire, car si la citoyenneté ne protège pas de la même façon toutes les personnes, chacun doit se sentir menacé que la citoyenneté ne le protège pas.²¹⁵ Il ne peut donc y avoir de concessions entre un bien individuel que représente la liberté privé et un bien public compris comme une liberté commune.

La mobilisation du concept de liberté comme non-domination permet donc d'éviter la thèse de la balance et offre une réponse robuste, qui a l'avantage de s'inscrire dans l'histoire des idées américaines. En effet, là où les critiques de la thèse demandent de reconnaître la précarité de la vie humaine ou demande un peu plus de vigilance, cette approche

²¹³ E. A. Posner et A. Vermeule, *Terror in the Balance, security, liberty, and the courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

²¹⁴ Il existe plusieurs versions de ce poème attribué à Martin Niemöller. Cette version provient de la Fondation Marti Niemöller.

²¹⁵ Voir aussi : Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004.. P. 149-150

républicaine soutient qu'il est possible et même nécessaire de jouir et de liberté, et de sécurité, car tous deux vont main dans la main. De plus, elle rend compte de toutes les menaces, tant au niveau du terrorisme que de la tyrannie, ce qui permet d'avoir un portrait compréhensif de la situation actuelle. Finalement, comme nous le verrons, ce concept de liberté permet d'offrir un idéal attractif et exigeant concernant les institutions américaines et les actions des gouvernements en situation d'urgence.

Le constitutionnalisme : évaluation des mesures et des institutions

Maintenant que nous avons désamorcé l'argument sécuritaire, nous pouvons envisager les principes du constitutionnalisme comme les critères minimaux d'une citoyenneté républicaine. En effet, les principes du constitutionnalisme sont, à cet égard, des éléments nous permettant de juger de la légitimité des mesures mises de l'avant et des institutions devant préserver les libertés civiles. Il faut s'assurer que l'on ne substitue pas une forme de domination par une autre, que l'on ne substitue pas, dans le cas qui nous intéresse, la tyrannie à la domination publique : « L'État républicain ne doit pas seulement chercher à combattre les effets du *dominium* qui donne naissance à la domination ; il doit aussi se défendre contre la domination qui peut être associée à l'*imperium* du gouvernement ; il doit donc se préoccuper de la nature de l'État autant que de ses actions » ²¹⁶. Les critères du constitutionnalisme servent précisément à réduire la manipulabilité des institutions et, ce faisant, en éliminer la composante arbitraire. Or, les critères du constitutionnalisme doivent aussi s'appliquer à toutes les mesures mises de l'avant par le gouvernement. C'est en ce sens que le respect du constitutionnalisme nous permet de faire reculer tous les types de domination et de distinguer entre les mesures acceptables, car elles promeuvent la liberté comme non-domination, et les mesures inacceptables, car elles sont des diminutions de liberté. Une action efficace de l'État en vue de réduire la menace et le risque de domination publique liée au terrorisme couplée à une stratégie visant à réduire la manipulabilité des institutions, qui est le projet avoué des terroristes dans leurs actions, nous semble une voie prometteuse. ²¹⁷

Les trois conditions du constitutionnalisme sont l'empire du droit, la dispersion des pouvoirs et la condition contre-majoritaire. La condition de l'empire du droit se rapproche

²¹⁶ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004.. P. 370

²¹⁷ Allan Dershowitz, *Why terrorism works; understanding the threat, responding to the challenge*, New Haven, Yale University Press, 2002.

de la fonction prescriptive de la Constitution. En effet, là où nous disions que la Constitution est un dispositif contraignant la pratique du gouvernement, l'empire du droit est précisément cette contrainte républicaine. La dispersion des pouvoirs quant à elle est reconnue par notre description de la Constitution sous sa fonction descriptive. La Constitution a pour fonction d'établir les différents offices et les relations entre elles. La version républicaine de la séparation des pouvoirs, pour Pettit, est la dispersion des pouvoirs. La fonction contre-majoritaire et la démocratie de contestation, qui sont les deux éléments ayant spécifiquement traités à la composante populaire de la Constitution, servent à renforcer sa légitimité. D'une part, l'élément contre-majoritaire diminue la manipulabilité de la Constitution par la majorité de la population et, d'autre part, la démocratie de contestation assure l'élément populaire et le respect des minorités au sein de la république.

La première condition du constitutionnalisme républicain est l'empire du droit. Cet empire du droit est assuré par le règne des lois, et non des hommes.²¹⁸ L'empire du droit comporte deux facettes. La première, traditionnelle, concerne la forme des lois : elles doivent être d'application générale, ne doivent pas être *ex post*, doivent être publiques, etc.²¹⁹ Ces caractéristiques n'ont rien d'original. La seconde condition suppose que lorsque le gouvernement désire agir, il doit le faire par le moyen des lois et en accord avec celles-ci.²²⁰ Pettit reconnaît toutefois la nécessité occasionnelle de laisser aux dirigeants une certaine marge de manœuvre pour accomplir le bien commun.²²¹ Il recommande à cet égard l'implantation de mécanismes de contestation sur lesquels nous reviendrons plus loin.

La dispersion des pouvoirs quant à elle peut prendre plusieurs formes. L'idée principale est que la concentration de beaucoup de pouvoir dans les mains d'une seule personne ou d'un seul groupe rend la république manipulable et son gouvernement davantage arbitraire.²²² Ainsi, la séparation horizontale, entre les pouvoirs législatifs, exécutif et judiciaire, et l'implantation du bicaméralisme est souhaitable. La séparation verticale du pouvoir, quant à elle, peut se faire à travers le système fédératif d'une part et, d'autre part, par

²¹⁸ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004. p. 229

²¹⁹ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004. p. 230

²²⁰ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004. p. 231

²²¹ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004. p. 232

²²² Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004. p. 236

l'incorporation à des entités supranationales. Dans un premier temps, Pettit reconnaît que la séparation horizontale des pouvoirs n'est jamais absolue, particulièrement dans le rôle interprétatif de la branche judiciaire.²²³ Ensuite, la stratégie de dispersion du pouvoir par l'aliénation d'une partie de la souveraineté locale dans des entités supranationales peut faire partie d'une stratégie efficace en vue de l'instauration d'une citoyenneté plus globale, pouvant faire face aux défis du terrorisme par l'entremise d'une plus grande interdépendance.

Finalement, la condition contre-majoritaire est un principe de précaution à l'égard de la majorité. En effet, parce que le républicanisme de Pettit ne tire pas sa légitimité de l'appui populaire, bien que ce soit, comme nous le verrons, une composante importante, l'état n'a pas à agir en fonction de tous les désirs de la majorité. La légitimité des lois provient de leur capacité à avancer la liberté comme non-domination.²²⁴ En ce sens, plusieurs mécanismes existent afin de prévenir le pouvoir arbitraire de la majorité. Le *Bill of Rights* américain en est un exemple, préservant certains droits de la volonté majoritaire, qui est couplé à un mécanisme de modification de la Constitution requérant une supermajorité. Cette condition contre-majoritaire est nécessaire afin d'assurer aux multiples minorités la jouissance de la non-domination.

Une première étape à une réponse républicaine à l'argument sécuritaire est donc de respecter ces principes du constitutionnalisme qui sont nécessaires à l'avancement de la liberté comme non-domination, projet avoué de la république, et qui permettent d'offrir une résistance déjà robuste aux projets politiques des terroristes, soit celui de modifier les priorités du gouvernement par l'instauration d'un régime de peur dans la population.

Ces trois principes se retrouvent, sous une forme ou une autre dans le régime Américain. Le respect de l'empire du droit est présent dans l'activité législative et dans la forme générale habituelle des jugements de la Cour suprême, mais il est mis en péril lorsque l'exécutif agit par des mesures particulières visant certains individus ou certaines classes d'individus. De même, l'exécutif remet parfois en cause la dispersion des pouvoirs lorsqu'il agit, sous prétexte d'urgence, au-delà de ses pouvoirs. La magistrature, par sa capacité à interpréter les lois, peut, elle aussi, dépasser les bornes de son pouvoir. Finalement, bien qu'il existe

²²³ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004. p. 137

²²⁴ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004.. P 239

une condition contre-majoritaire au sein des institutions américaines, notamment le processus de révision judiciaire, ce dernier est loin d'être parfait.

Démocratie contestative

Si les principes du constitutionnalisme se retrouvent déjà, bien que sous une forme imparfaite, dans les institutions américaines, il faut alors être exigeant et demander que la république fédérale en fasse plus. Une des voies d'amélioration des institutions politiques américaines est la démocratie de contestation. Elle permet d'une part de donner une voix à ceux qui n'en auraient peut-être pas et elle améliore la nature délibérative de la république. Elle permettrait de donner une voie à ceux qui subiraient le plus durement les mesures mises en place afin de réduire le risque et la menace liés à la situation d'urgence. La démocratie de contestation est, dans ce contexte, une institution incarnant un principe de précaution à l'égard des mesures mises en place au cœur d'une situation d'urgence. Comme nous le montrait la nécessité des mécanismes contre-majoritaires, le républicanisme de Philip Pettit ne milite pas en faveur d'une démocratie directe. Mais, s'il faut se prévenir de la volonté de la majorité, il faut aussi donner une voix à la minorité. C'est pour cette raison que « Ce qui compte, ce n'est pas l'origine historique des décisions dans le consentement, mais leur capacité modale ou contrefactuelle de répondre à la possibilité de contestation. »²²⁵. En effet, si l'on prend au sérieux l'idéal de la liberté comme non-domination, on ne peut se satisfaire d'un simple schème de démocratie représentative. Cette dernière forme de démocratie ne permet pas d'évacuer l'arbitraire, car les représentants possèdent alors une forme de pouvoir arbitraire sur le peuple.²²⁶ Or, un des éléments centraux à la démocratie américaine est précisément cette distinction entre représentant et peuple. La thèse républicaine n'est pas explicite sur la nature exacte de ces mécanismes de contestation. Il est acquis qu'ils varieront selon l'expérience propre à chaque société.²²⁷ Le processus de révision judiciaire est un exemple du type de mesure propre à une démocratie de contestation. Plus loin, nous verrons toutefois qu'il ne remplit pas adéquatement les réquisits de l'idéal républicain.

²²⁵ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004.. 245

²²⁶ Philip Pettit, *Republican Freedom and contestatory democratization*, dans Ian Shapiro et Casiano Hacker-Cordon (éd.), Cambridge, Cambridge university Press.1999 p. 178

²²⁷ Philip Pettit, *Republican Freedom and contestatory democratization*, dans Ian Shapiro et Casiano Hacker-Cordon (éd.), Cambridge, Cambridge university Press.1999 p. 180

L'objectif de cette démocratie de contestation est que les individus puissent contester des décisions et considérer comme légitime le résultat du processus de contestation lorsqu'ils ont le sentiment qu'une décision allant à l'encontre de leurs intérêts a été prise.²²⁸ Lorsque les individus « trigger a review in a forum that they and others can all endorse as an impartial court of appeal »²²⁹, le critère le plus à même de déterminer la légitimité du résultat de la contestation est la justice du processus.²³⁰ C'est en ce sens que Pettit propose trois conditions afin d'assurer la justice du processus de contestation : le processus de décision doit fournir 1) une base à la contestation 2) un canal de contestation 3) un forum où les contestations peuvent être entendues.²³¹

Afin de satisfaire à la première condition, « les décisions doivent donc être prises dans la transparence, elles doivent être assujetties à une enquête approfondie, elles doivent être prises dans des conditions de libre information et ainsi de suite. »²³². Plusieurs forums peuvent satisfaire cette condition. Seulement, il serait pertinent de mentionner que le processus de décision qui s'y fait doit être du type de la délibération et non de la négociation.²³³ En ce sens, les contestations émanent non pas de considérations de représentations émanant de factions, mais plutôt de la mauvaise évaluation des considérations pertinentes.²³⁴

La présence d'un canal de contestation doit être compris sous l'angle de la réceptivité et de la communicabilité. Le premier élément vise à s'assurer que les diverses contestations sont reçues d'une oreille attentive par le gouvernement. En ce sens, la représentativité du gouvernement est essentielle. Comme dans le cas d'un jury formé de pairs, il faut s'assurer que le gouvernement est composé par des citoyens provenant de tous les groupes de la population en tenant compte de leur race, de leur religion, de leur culture, de leur richesse, etc. L'inquiétude à laquelle la représentativité du gouvernement, tant dans sa branche

²²⁸ Philip Pettit, *Republican Freedom and contestatory democratization*, dans Ian Shapiro et Casiano Hacker-Cordon (éd.), Cambridge, Cambridge university Press.1999 p. 182

²²⁹ Philip Pettit, *Republican Freedom and contestatory democratization*, dans Ian Shapiro et Casiano Hacker-Cordon (éd.), Cambridge, Cambridge university Press.1999 p. 179

²³⁰ Philip Pettit, *Republican Freedom and contestatory democratization*, dans Ian Shapiro et Casiano Hacker-Cordon (éd.), Cambridge, Cambridge university Press.1999 p. 183

²³¹ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004.. 247

²³² Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004.. 249

²³³ Voir aussi : Cass R. Sunstein, « *Interst group in American Public Law* », Stanford Law Review, vol. 38, n. 1, 1985. p. 29-87

²³⁴ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004. p. 248

législative qu'administrative ou judiciaire, veut répondre est celle où le gouvernement pourrait ne pas être attentif aux soucis propres à différents groupes minoritaires. En ce sens, la participation de ces groupes au gouvernement permet d'assurer l'écoute et le relais de ces contestations.²³⁵ Le second versant de cette question est la disponibilité de canaux par lesquels les groupes peuvent effectivement contester les décisions. Ceux-ci sont multiples et peuvent être formels ou informels, politiques ou légaux.²³⁶ Nous croyons que plus ces canaux seront formels et légaux, plus ils seront aptes à promouvoir la liberté comme non-domination, car ils ne reposeront pas, par définition, sur la volonté d'un agent.

Finalement, le dernier élément porte sur les forums de contestation proprement dits.²³⁷ Ces derniers sont de deux ordres. Le premier moyen de contestation est populaire en ce qu'il table sur une mobilisation massive et emprunte les voix politiques. Le second, qui est aussi nécessaire, implique précisément le retrait de l'arène publique pour aboutir à des décisions optimales. Pettit donne l'exemple de la sévérité des peines carcérales. Celles-ci n'assurent pas la sécurité de la population et certains autres moyens, les libérations conditionnelles ou des peines réduites pour bonne conduite par exemple, permettraient de mieux faire. Or, l'arène publique n'est pas le meilleur endroit pour la prise de telles décisions, car le processus de décision opère sur des contraintes encourageant la sévérité des peines. Ce second type d'institution de contestation, qui privilégie des experts soulève lui-même certains enjeux. D'abord, il faut s'assurer que les verdicts de ces organes soient mis en application par le gouvernement. Ensuite, il faut que ces décisions soient considérées comme légitimes. Afin de s'assurer de la légitimité de la décision, il faut que les groupes reconnaissent la procédure d'appel. Finalement, si certains refusent la légitimité de la procédure, il faut leur octroyer le droit de faire bande à part, que ce soit par la sécession ou encore par l'objection de conscience. Évidemment, ces options sont de derniers recours et ne peuvent être appliquées à toutes les situations.

La république américaine, équipé d'institutions mettant de l'avant le principe de démocratie de contestation, se prémunirait un peu plus de l'action des gouvernants qui pourrait mettre en péril la liberté comme non-domination. En effet, les individus ou les groupes subissant

²³⁵ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004. 253

²³⁶ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004.. 256

²³⁷ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004. 258-265

le plus durement ces mesures, principalement les minorités arabes dans notre cas, pourraient les contester sur des bases qui sont légitimes sans toutefois nuire à la bonne marche du gouvernement, devant réagir rapidement à une situation d'urgence.

Le républicanisme et les juges de la Cour suprême

Il est maintenant temps de considérer l'institution de la révision judiciaire à l'aune de cet idéal républicain : est-ce que le processus de révision constitutionnelle respecte les critères républicains ? Nous croyons que le processus de révision constitutionnelle de la Cour suprême ne respecte pas ces principes républicains.

Nous verrons, dans un premier temps, que Philip Pettit reconnaît lui-même certains problèmes que nous soulevons qui ont trait à l'aspect arbitraire du pouvoir des juges de la Cour suprême américaine. Nous résumerons ensuite brièvement le deuxième et le troisième chapitre, qui ont constaté l'absence d'institutions formelles et informelles contraignant la pratique des juges de la Cour suprême. Dans le cas des contraintes informelles, nous avons vu qu'elles étaient principalement causées par un concept de liberté déficient. Nous désirons étudier ici l'application du concept de liberté comme non-domination dans la préservation des libertés civiles en état d'urgence et ce qu'il implique du point de vue des institutions formelles et informelles. Nous désirons, en somme, tracer les contours institutionnels de ce que pourrait devenir une telle théorie.

En plusieurs endroits, Pettit parle des dangers de la concentration de pouvoir entre les mêmes mains. À cet égard, de manière générale, il commente sur la dispersion des pouvoirs : « La concentration de plusieurs de ces fonctions [exécutif, législatif et judiciaire] entre les mains d'une seule personne ou d'un seul groupe permettrait vraisemblablement (...) d'exercer un pouvoir plus ou moins arbitraire sur les autres ; (...) ils pourraient plier la loi à leur gré sans rencontrer pratiquement aucun obstacle. »²³⁸. Les juges de la Cour suprême détiennent les pouvoirs liés à la branche judiciaire, mais possèdent aussi, dans une moindre mesure et officieusement, un pouvoir d'interprétation de la loi. Or, le pouvoir d'interprétation des lois s'il n'est pas contraint peut être assimilé à un pouvoir de législation. Si tel est le cas, les juges de la Cour suprême concentrent en leurs mains le pouvoir judiciaire et une part de l'activité législative ce qui leur confère une forme de pouvoir arbitraire. Sans doute, des distinctions étanches, comme le reconnaît Pettit, ne sont

²³⁸ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004.. P. 233

possibles. « Les républicains penseront sans doute qu'aucune séparation rigoureuse n'est réellement praticable ; [...] on ne saurait éviter que les tribunaux n'exercent réellement une certaine mesure de pouvoir législatif par le biais de leur pouvoir d'interprétation des lois. »²³⁹. Même si le respect de la dispersion du pouvoir n'est pas absolu, cela n'implique pas nécessairement que les juges de la Cour suprême possèdent un pouvoir arbitraire. D'autres critères doivent être évalués : « Le meilleur système juridique peut permettre différentes formes de pouvoir discrétionnaire [...] à la condition qu'un tel pouvoir soit exercé à l'intérieur des contraintes offrant des garanties contre l'arbitraire. »²⁴⁰. L'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle s'exerce-t-il à l'intérieur de telles contraintes garantissant contre l'arbitraire.

Comme nous l'avons vu, les institutions formelles et informelles ne sont pas suffisamment contraignantes pour que l'on puisse affirmer que le pouvoir des juges n'est pas arbitraire. En ce qui a trait aux institutions informelles que sont les discours légitimant les décisions de la Cour suprême, nous avons montré que dans le cas de la protection des libertés civiles en situation d'urgence, il n'existe pas de consensus suffisamment fort et que les thèses que nous avons étudiées sont fondées sur un concept déficient de liberté, ce qui permet la force de l'argument sécuritaire. Dans le cas du concept de liberté comme non-interférence, celui-ci structure le débat autour de la thèse de la balance. Or, cette thèse implique toujours une concession à la liberté au nom de la sécurité. En ce qui concerne Benjamin Barber, nous avons vu qu'il tablait sur un concept positif de liberté en situation d'urgence. Or, ce concept de liberté entraîne des conséquences qui ne sont pas souhaitables et tend à modifier les perceptions du danger plutôt que les causes de ce dernier. Finalement, la position de Bruce Ackerman est fondée sur un concept vide, légaliste, de liberté. Celui-ci ne permettait pas de savoir ce qu'il fallait préserver en situation d'urgence. Ainsi, cette dernière proposition est trop incomplète pour être d'une véritable utilité.

En ce qui concerne les institutions formelles, elles n'assurent pas la non-manipulabilité du processus de la révision constitutionnelle. Les institutions formelles que sont la Constitution, le processus de nomination et de destitution n'opèrent pas de contraintes suffisamment importantes sur le pouvoir discrétionnaire de la branche judiciaire pour le

²³⁹ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004.. P. 137

²⁴⁰ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004.. P. 233

légitimer à nos yeux. En effet, malgré ces processus, les juges, une fois nommés, peuvent agir selon leur bon vouloir et en quasi-impunité. Un juge mal intentionné pourrait très bien détourner les institutions à son profit et un juge vertueux pourrait promouvoir sa conception du bien et non celle de la république.

Voyons maintenant tour à tour les principes du constitutionnalisme républicain de Pettit pour évaluer la conformité de ceux-ci à la pratique de la révision constitutionnelle. Le premier critère était le respect de l'empire du droit. Il visait à s'assurer, selon la maxime canonique, « l'empire du droit et non des hommes ». Cette condition comportait deux facettes, la forme des lois et l'utilisation des lois. Or, rien ne permet de garantir que les juges prendront leurs décisions sous la forme légale appropriée. En effet, il se peut, comme l'histoire constitutionnelle américaine le démontre, qu'ils reconnaissent la légitimité d'actions particulièrement discutables par l'exécutif et qu'eux-mêmes prennent des décisions particulières allant à l'encontre de la forme générale que doit revêtir les lois.²⁴¹ L'empire du droit n'est pas, en ce sens, assuré. De plus, l'histoire constitutionnelle américaine tend à démontrer que les juges défèrent au pouvoir exécutif en situation d'urgence.²⁴² À cet égard, le pouvoir exécutif n'agit jamais sous une forme légale et n'a pas de contrainte quant à la forme des décisions qu'il prend. Que ce soit dans le cas de la suspension unilatérale des droits d'*habeas corpus* par Lincoln pendant la guerre civile, l'emprisonnement massif de sino-américains sur la côte ouest pendant la Seconde Guerre mondiale ou, plus près de nous, l'incarcération de suspect de terrorisme à Guantanamo Bay. Ce sont des exemples où, en situation d'urgence, les décisions prises n'ont pas respecté les critères de l'empire du droit, que ce soit sous la forme des lois ou sur l'utilisation des lois.

Nous avons déjà soulevé le problème ayant trait à la dispersion des pouvoirs. Les juges de la Cour suprême possèdent le pouvoir de juger selon les lois, mais possèdent aussi le pouvoir d'interpréter les lois. Or, ce pouvoir d'interprétation non contraint est en fait un pouvoir de création des lois. En ce sens, les juges de la Cour suprême possèdent tant les pouvoirs propres à la branche judiciaire que certains pouvoirs propres à la branche législative. En situation d'urgence, la pratique de la déférence que nous invoquons plus

²⁴¹ Geoffrey R. Stone, *War and Liberty, An American Dilemma : 1790 to the present*, New-York et Londres, W. W. Norton & Company, 2007; Cass R. Sunstein, « *Minimalism at War* », Public Law and Legal Theory Working Paper n. 80, 2004.

²⁴² Eric A. Posner et Adrian Vermeule, *Terror in the Balance, security, liberty, and the courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Geoffrey R. Stone, *War and Liberty, An American Dilemma : 1790 to the present*, New-York et Londres, W. W. Norton & Company, 2007

haut va aussi à l'encontre de la dispersion des pouvoirs en ce sens qu'elle octroie à l'exécutif un pouvoir considérable. Cela va à l'encontre du principe de la dispersion des pouvoirs et rend manipulable l'édifice constitutionnel américain.

La condition contre-majoritaire semble être respectée par l'institution de la révision constitutionnelle en ce sens qu'elle est le processus contre-majoritaire du gouvernement américain. Par contre, cette dernière doit promouvoir l'idéal de la liberté comme non-domination. Or, comme nous l'avons vu, rien n'est moins certain. Finalement, le principe de la démocratie de contestation est bafoué par l'institution de la révision constitutionnelle. En effet, si nous observons l'institution d'un regard critique, nous pouvons en conclure que ce sont neuf hommes qui décident unilatéralement des jugements sans moyen de contestation.

Bien que la plupart des commentateurs offrant une réponse à l'argument sécuritaire s'entendent sur de tels principes, il semble que la thèse de Pettit, fondée sur l'idéal de liberté comme non-domination, offre un meilleur cadre conceptuel. En effet, celui-ci se fonde sur l'analyse d'une relation de pouvoir, causée par le manque de prévisibilité, qui va à l'encontre de l'avancement de la liberté comme non-domination et non pas sur un concept de droit de l'homme ou sur un consensus discutable, comme chez Dworkin. De plus, contrairement à Dworkin, elle offre une approche institutionnelle. En ce sens, elle ne se réduit pas à l'exhortation d'une plus grande vigilance de la part de la magistrature et exige des réformes au système actuel afin de prévenir les maux à venir, comme nous le verrons plus loin.

La cour suprême et le processus de révision constitutionnel, si on prend au sérieux l'idéal de liberté comme non-domination, doivent être réformés, car il est illusoire de concevoir qu'une institution allant à l'encontre des principes de la liberté comme non-domination incarnée dans le constitutionnalisme républicain puisse effectivement avancer un tel idéal. En somme, ce n'est pas tout d'avoir une institution prenant des décisions en accord avec le concept de liberté que nous avançons, il faut que les processus de cette institution respectent eux-mêmes la liberté comme non-domination.

Stratégie de la liberté comme non-domination

Le concept de la liberté comme non-domination, comme nous l'avons vu, permet d'éviter la thèse de la balance. Il nous permet donc de désamorcer l'argument sécuritaire. Mais ce

concept ne peut se satisfaire d'une modification des institutions informelles, il est surtout exigeant concernant les institutions formelles. En effet, étant par nature plus prévisibles et contraignantes, donc moins manipulables, elles avancent mieux l'idéal de la liberté comme non-domination. De plus, les institutions formelles encouragent elles-mêmes la promotion de discours particuliers ou d'institutions informelles. Certaines modifications institutionnelles doivent donc être apportées afin de réduire la manipulabilité du constitutionnalisme américain en accord avec l'idéal de la liberté comme non-domination. Après avoir mis de l'avant quelques propositions institutionnelles, nous concluons en évaluant comment ces institutions jugeraient de certaines mesures particulières. Elles se concentreraient toujours sur la composante arbitraire des mesures. Ces propositions ne sont bien sûr que des ébauches orientant un débat qui est encore à venir.

Stratégie en vue des institutions formelles

Les propositions institutionnelles sont orientées selon trois moments : *ex ante*, *in* et *ex post*. Elles se soucient de la composante arbitraire en voulant minimiser l'impunité et l'indépendance des juges de la Cour suprême. Finalement, elles adhèrent au principe républicain de se concentrer sur les individus qui se conforment aux règles en adoptant un mécanisme de filtres et ensuite de sanctions. Elles ne sont que des suggestions et visent à montrer ce qui devrait être envisagé afin de réduire l'arbitraire du pouvoir des juges de la Cour suprême. Elle permettrait d'améliorer le processus de la révision constitutionnelle en diminuant la portion d'arbitraire dans ce processus. Elles mériteraient chacune d'elles et à elles seules, d'amples discussions. Si nous n'avons pas le mérite de mener à terme la réflexion nécessaire, nous aurons au moins celui de les avancer clairement.

La première phase visant à réduire l'arbitraire du pouvoir de révision constitutionnelle se trouve dans la sélection et la nomination des candidats. La première étape a trait à la nomination des juges. Un des problèmes que nous avons observé est que le processus de nomination des juges est absolument imprévisible. En effet, les juges siégeant à vie, ce n'est qu'à leur décès ou au moment qu'ils choisissent pour prendre leur retraite qu'ils doivent être remplacés. Un fonctionnement aléatoire octroie beaucoup de pouvoir au président devant remplir les postes. Nous suggérons à cet effet de réduire l'élément de hasard entourant la nomination des juges de la Cour suprême. Il est envisageable d'octroyer au président le droit de nommer un juge par mandat présidentiel. Ainsi, on pourrait s'assurer d'un équilibre dans les allégeances partisans des juges de la Cour suprême. Le

hasard n'aurait plus tant à jouer dans sa composition. Cela ne pose pas de problèmes légaux, car la Constitution ne fixe pas un nombre maximal de juges pouvant siéger à la Cour suprême. De plus, une rapide approximation nous permet d'affirmer que le nombre devrait se stabiliser à neuf, leur nombre actuel. En effet, la moyenne de temps passé à la Cour suprême est de 26,1 ans et il y aurait une nomination aux quatre ans ce qui donne une moyenne entre huit et neuf juges. Le processus de nomination devrait aussi être plus ouvert. En effet, il faudrait penser à inviter d'autres personnes que les sénateurs. Cela aiderait sans aucun doute la représentativité des membres de la Cour suprême. En ce sens, des groupes provenant des minorités devraient être autorisés à questionner les candidats. Une telle mesure permettrait aussi de publiciser davantage la pensée des juges de la Cour suprême, ce qui rendrait leurs jugements plus prédictibles.

Le second élément à prendre en considération est la réduction de la composante arbitraire du pouvoir des juges lorsqu'ils sont en mandat et siègent. Un des problèmes à ce titre est le manque d'information concernant les décisions prises. Nous croyons que les juges devraient adhérer à un principe de candeur judiciaire et dire quelles sont les justifications qui les ont menées à chacune de leur décision. En ce sens, le congrès devrait être à même de faire comparaître les juges devant un comité qui viserait à s'assurer de la candeur des juges de la Cour suprême lorsqu'ils rendent des décisions. Ce comité permettrait de clarifier les théories d'interprétation constitutionnelle et s'assurerait de leur cohérence en fonction de la décision prise. Le manque de cohérence en regard de la théorie d'interprétation constitutionnelle pourrait alors servir afin d'enclencher un processus de contestation.

En effet, le troisième élément de nature *ex post* se concentre autour du principe de contestation. Il faut accorder aux groupes se sentant lésés par une décision de la Cour suprême le pouvoir de contester les décisions qu'elle prend. Cela peut se faire de diverses façons et les détails ne sont pas évidents en eux-mêmes. Il est possible d'accorder ce pouvoir au peuple directement, par le moyen de pétition regroupant un certain pourcentage de la population ou de référendum.²⁴³ Il est possible de faire passer les demandes du peuple à travers un comité composé des membres du Sénat ou du Congrès. Il est encore possible d'accorder ce pouvoir à une des branches législatives. Ce dernier élément est absolument

²⁴³ Bruce Ackerman, *Au nom du Peuple : les fondement de la démocratie américaine*, Paris, Calman-Lévy, 1998.

nécessaire, car il est la pierre angulaire du système républicain et la justification de la démocratie de contestation.

Il ne semble y avoir aucune raison pour qu'une quelconque de ces propositions soit rejetée en situation d'urgence. Seule la composante militant en faveur d'une démocratie de contestation pourrait poser problème, mais celle-ci est si fondamentale à la thèse républicaine qu'on ne peut l'écarter de l'équation. Une des forces de cette proposition réside dans le fait qu'elle se concentre sur des mécanismes en temps normaux et souhaite que les mêmes mécanismes régissent les actions du gouvernement en état d'urgence. Une telle stabilité est requise par la volonté de réduire la manipulabilité des institutions. Qui plus est, les coûts reliés à de telles mesures ne nous semblent pas prohibitifs, et ce même en situation d'urgence et ce contrairement à la proposition complexe de Ackerman.

Stratégie en vue des mesures particulières

Les éléments les plus couramment invoqués au lendemain du 11 septembre ont trait à des mesures mettant en péril la vie privée, les processus justes et équitables, la liberté d'expression et l'égalité.²⁴⁴ Nous étudierons chacun de ces éléments en montrant comment un jugement tenant en compte le principe de la liberté comme non-domination vient orienter leur condamnation. Nous nous concentrons sur les mesures visant à réduire la vulnérabilité et la menace interne. L'évaluation de la pertinence des actions visant à réduire la menace, telle que la guerre, les actions de police ou l'appartenance à des organisations supra nationales, dépassent largement notre projet.

En ce qui concerne la vie privée, la mesure la plus décriée semble avoir été la possibilité par le gouvernement de consulter les registres des bibliothèques afin d'y détecter des motifs suspects. En fait, le pouvoir que conférait le PATRIOT Act était bien plus large. À ce titre, le gouvernement peut inspecter tous les registres des institutions qu'il juge nécessaire. La question légale ne nous intéresse pas à ce niveau, plutôt, nous nous interrogeons sur les atteintes d'une telle mesure à la liberté comprise comme non-domination. Le fait de surveiller ne constitue pas en soi une atteinte à la liberté comme non-domination. Par contre, le pouvoir arbitraire que possèdent les individus de choisir qui et à quelles inspections et mesures ils seront soumis pose problèmes. En effet, on voit par exemple dans le cas de l'interdiction de vol que ce ne sont pas des personnes condamnées qui subissent

²⁴⁴ E. A. Posner et A. Vermeule, *Terror in the Balance, security, liberty, and the courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 23-24

les conséquences. Plutôt, des suspects sur qui des informations parfois douteuses sont amassées. Or, il n'y a pas de possibilité de consulter ce dossier pour la personne visée, il n'y a pas de possibilité de corriger ces erreurs, il n'y a pas de possibilité de contester de telles décisions et les individus ne sont pas informés de telles mesures. Chacun vit donc à la proie du pouvoir que confèrent ces informations. Si la surveillance n'est pas condamnable en soi, ces éléments le sont. Afin de rendre acceptable de telles mesures, il faudrait donc y suppléer. Il faudrait réfléchir à des mécanismes de contestation, de transparence, de divulgation des éléments de preuve et surtout à l'implantation d'un processus visant à restreindre aux cas justifiés les invasions de la vie privée. L'utilisation de divers tribunaux semble à cet égard l'option à privilégier.

Les processus justes sont incontournables pour toute personne désirant protéger la liberté comme non-domination. En effet, les processus justes sont garants de la légitimité du pouvoir qui est exercé.²⁴⁵ Par contre, il n'y a pas de fétichisme à l'égard de mode particulier dans l'approche républicaine. En ce sens, il peut y avoir une flexibilité aussi longtemps que tous peuvent reconnaître comme juste le processus et en appeler advenant le cas où il ne le serait pas. En ce sens, la maxime *audi alteram partem* est la plus importante.²⁴⁶ Ces mêmes processus justes sont nécessaires à l'égard des mécanismes liés à la protection de la vie privée.

La question de la liberté d'expression est capitale pour l'avancement de la liberté comme non-domination. Il est impossible d'imaginer un pouvoir de contestation, au centre de la conception républicaine de la démocratie, sans avoir une liberté de parole pleine et entière. De plus, les coûts liés à la liberté d'expression en situation d'urgence sont souvent exagérés. En effet, l'unité tellement nécessaire et si souvent invoquée par les politiciens en situation d'urgence ne nous semble pas si nécessaire.²⁴⁷ Par contre, la liberté comme non-domination permet une restriction de la liberté d'expression de certains au nom de celle d'autres comme dans le cas du financement des campagnes électorales.²⁴⁸ Ce dernier exemple est toutefois à l'extérieur du contexte des situations d'urgence que nous étudions.

²⁴⁵ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004.

²⁴⁶ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004.

²⁴⁷ David Cole et J. X. Dempsey, *Terrorism and the Constitution, Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*, New York & Londres, The New Press, 2006.

²⁴⁸ Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004.

Finalement, comme nous le soutenions, la liberté comme non-domination étant un bien social, aucune mesure discriminatoire ne pourrait être acceptée. En effet, que vaut ma liberté si elle peut m'être retirée en vertu de l'appartenance à un groupe que je n'ai pas choisi comme mon pays d'origine ou qui m'est chère, comme ma religion ? Il n'y a donc aucun compromis à faire à cet égard. Cela rejoint d'ailleurs les préoccupations très présentes des critiques des mesures mises de l'avant au lendemain du 11 septembre.²⁴⁹

En somme, la liberté comme non-domination permet certaines mesures, tant qu'elles ne sont pas de natures arbitraires. La thèse républicaine militerait certainement pour un transfert des souverainetés locales en vue de l'adhésion à une ou des structures multinationales. En ce sens, une stratégie de citoyenneté multipliée peut être une solution en vue d'une diminution de la menace.

²⁴⁹ David Cole, et James X. Dempsey. *Terrorism and the Constitution. Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*. New York: The New Press, 2002. p. 221-223; David Luban, « Eight fallacies about Liberty and Security » in *Human Right in the War on terror*, édité par R A. Wilson, 2005. p. 244

Conclusion :

À travers cet argument, nous avons tenté de montrer dans un premier temps l'importance du concept de Constitution dans la préservation des libertés civiles en situation d'urgence. Il nous est apparu qu'au centre de cette question se trouvait celle des institutions formelles et des institutions informelles. Or, l'arrangement institutionnel américain actuel ne permet pas, tant du point de vue formel qu'informel, d'assurer les libertés civiles en situation d'urgence. En traitant de l'argument sécuritaire comme nous l'avons fait, il nous a semblé clair qu'aucune des réponses apportées par les interlocuteurs habituels ne fournissait un argument suffisamment robuste pour l'empêcher d'être invoquée. En ce sens, les juges de la Cour suprême, si rien n'est fait, pourraient à loisir invoquer la thèse de la balance et réduire impunément, quand il leur sera loisible, les libertés civiles des citoyens sans que quoi que ce soit ne puisse être fait pour les en empêcher. Qui plus est, avec la pression du pouvoir exécutif, tout porte à croire qu'éventuellement les juges plieront et que les citoyens devront faire sans cette liberté qui leur est chère. Il était donc de toute première importance de débusquer le principal présupposé à cet argument sécuritaire qui est son concept de liberté. En effet, en invoquant le concept de liberté comme non-interférence et l'action étatique comme une interférence nécessaire à la paix et la sécurité, il y avait toujours une concession à faire à la liberté au nom de la sécurité. Or, cette première concession laissait le champ libre à des concessions futures qui pouvaient varier selon l'importance du risque et de la menace.

Nous avons vu l'insuffisance de la réponse déontologique, communautarienne, libérale et légaliste. Il fallait trouver, afin de contrer cet argument sécuritaire, un concept de liberté qui permettait effectivement de protéger les libertés civiles en situation d'urgence. Ce concept était celui de liberté comme non-domination. Mais, loin de s'appliquer seulement aux institutions informelles, ce concept était aussi exigeant du point de vue des institutions formelles. En ce sens, nous avons d'abord démontré comment ce concept de liberté permettait de désamorcer l'argument sécuritaire en rendant impossible l'application de la thèse de la balance, pour ensuite proposer les principes du constitutionalisme comme critère d'évaluation de la permissivité des mesures mises de l'avant. Finalement, avec la démocratie de contestation et les modifications à l'institution de la révision constitutionnelle, nous croyons que les libertés civiles seront mieux assurées et qu'en

situation d'urgence, les juges de la Cour suprême ne seront plus à même de réduire impunément les libertés civiles des citoyens.

Par contre, nos développements ont aussi ouverts d'autres champs de réflexion qui sont étroitement liés à ceux que nous avons abordés. La grande question que nous avons cru bon d'éluder, par manque d'espace et de ressources, est celle du lien entre les affaires intérieures et les affaires extérieures d'un État. En effet, en nous posant la question du rôle de la Constitution dans la préservation des libertés civiles en situation d'urgence et plus particulièrement à l'égard de la menace terroriste au lendemain du 11 septembre, nous nous questionnions aussi sur les liens entre les menaces externes et les libertés internes. De plus, en orientant nos critiques et propositions sur le rôle des juges de la Cour suprême et sur l'institution de la révision constitutionnelle, c'est consciemment que nous laissons de côté le principal acteur dans ce débat, c'est-à-dire le président lui-même. Car lui seul a un pied dans les affaires intérieures et un autre dans les affaires extérieures, lui seul possède l'information et le pouvoir de d'agir sur les deux plans.

Cette union dans la personne du président ou dans la branche exécutive implique la possession d'un pouvoir immense, car il est en fait impossible de penser que les affaires intérieures n'ont aucun lien avec les affaires extérieures. Or, les schèmes conceptuels semblent nous empêcher de penser ce lien intime entre les affaires internes et externe. Pourtant, dans une société démocratique, la capacité d'aller en guerre est tributaire de la volonté de la population. De même, les événements internationaux tel que la guerre entre deux pays susciteront nécessairement des réactions de la part des citoyens. Or, pourquoi n'arrive-t-on pas ou éludons-nous consciemment ces liens lorsqu'il est question de relations internationales? Pourquoi postulons-nous un monde d'État alors que la réalité est de plus en plus autre? Non seulement devons-nous désormais penser aux multinationales et aux transnationales, mais les États eux-mêmes aliènent une partie de leur souveraineté à d'autres ensembles plus grands, comme dans le cas de l'Europe, et on voit des groupes de pression internationaux émerger et avoir une influence de plus en plus considérable sur la scène internationale. Afin de comprendre ce monde en mutation constante, il faut en tout premier lieu déroger à la vision aujourd'hui inexacte du monde des relations internationales telles que Hobbes la comprenait. La scène internationale n'est plus l'apanage des États, parlant d'une seule voie, analogue à des individus.

Il nous semble, et c'est l'intuition qui nous guide, que la constitution peut avoir un rôle à jouer dans les affaires extérieures. Si d'une part, une constitution bien construite

permettrait de brider le pouvoir de la branche exécutive, il serait sans aucun doute possible d'intégrer des normes internationales à l'intérieur des constitutions existantes ce qui permettrait de reconnaître l'ancrage nécessairement populaire de l'État, tout en contraignant les gouvernants à agir dans l'intérêt de ses citoyens. De plus, par la multiplication de ces ententes régionales, nous aurions affaire à un nombre de plus en plus croissant d'ensembles composées d'États interdépendants. Ces ententes permettraient donc, vraisemblablement, d'assurer une certaine stabilité politique à travers les relations d'interdépendances politiques. Il est, en somme, temps d'emprunter le chemin de la mondialisation économique et de repolitiser cette mondialisation afin d'assurer une meilleure communauté internationale.

Par contre, et c'est une autre question qui mérite réflexion et qui, tout comme elle est liée à la précédente, est liée au projet de notre mémoire, le paradigme conceptuel dans lequel nous évoluons ne nous permet pas de comprendre adéquatement la nature prescriptive et contraignante de la Constitution. Si nous proposons dans notre argument de s'en remettre aux critères du constitutionnalisme afin de juger de la permissivité d'une action visant à réduire le risque ou la menace terroriste, il faut aussi s'interroger sur la capacité de contrainte de la Constitution. Or, nous nous refusons de croire que la seule force de la constitution est symbolique. Si tel était le cas, la question du gouvernement limité ne serait plus qu'un succédané à la tyrannie. De plus, si nous essayons de penser un monde d'États contraints à travers leurs constitutions nationales, il faut s'assurer d'une contrainte plus que symbolique. Nous croyons encore que c'est un héritage conceptuel anglais pré-révolutionnaire ou même contre-révolutionnaire qui nous empêche de penser la constitution comme contraignante sous un autre mode que symbolique.

La philosophie politique doit s'interroger sur les discours et les langages propres à la légitimation des décisions publiques. Si nous y trouvons en son centre un concept ou un ensemble de concepts problématiques, il est de notre devoir de l'interroger et de voir s'il est possible de faire mieux différemment.

Bibliographie :

- Bruce Ackerman, *Au nom du Peuple : les fondement de la démocratie américaine*, Paris, Calman-Lévy, 1998.
- Bruce Ackerman, *Before the next attack : preserving civil liberties in an age of terrorism*, New Have, Yale University Press, 2006.
- Bruce Ackerman, *The future of liberal revolution*, New Haven, Yale University Press, 1992.
- Bruce Ackermann, *Sunset can put a halt to twilight of liberty*. Los Angeles Times, Sept. 20 2001.
- Bruce Ackermann, *The emergency Constitution*, Yale Law Review, vol. 113, 2004 p.1029.
- Articles of Confederation*, 15 novembre 1777
- Bernard Bailyn, *The ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1992.
- Isaiah Berlin « Two concept of liberty » dans *Freedom, A philosophical anthology*, ed Matthew H. Kramer, Ian Carter et Hillel Steiner, Singapour, BlackWell Publishing, 2007.
- Lord Bolingbroke, *Dissertation upon parties* lettre, X
<http://socserv.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/bolingbroke/parties.html> consulté le 31/05/08
- Daniel J. Boorstin, *The genius of american politics*, Chicago, University of Chicago Press, 1953.
- David Cole et J. X. Dempsey, *Terrorism and the Constitution, Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*, New York & Londre, The New Press, 2006.
- Phillip J. Cooper, *By order of the president; the use and abuse of executive direct action*, Lawrence, University Press of Kansas, 2002.
- Declaration of Independence*, 4 juillet 1776.
- Allan Dershowitz, *Preemption, A knife that cuts both ways*, New-York et Londre, W. W. Norton & Company, 2006.
- Allan Dershowitz, *Shouting Fire : Civil liberties in a Turbulent Age*, New-York, Little Brown, 2002.
- Allan Dershowitz, *Torture Without Visibility And Accountability Is Worse Than With It*, University of Pensylvenia journal of Constitutional Law, 2003.
- Allan Dershowitz, *Why terrorism works, understanding the threat, responding to the challenge*, New Havem, Yale University Press, 2002.
- John S. Dryzek, *The informal logic of Institutional Design*, dans Robert E. Goodin, *The theory of institutional design*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- Ronald Dworkin, *Is democracy possible here?, principles for a new political debate*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2006.
- John Ferejohn et Pasquale Pasquino, *The law of exception : a typology of emergency power*, I.CON, Volume 2, n. 2, 2004. p-210-239.
- Louis Fisher, *Constitutional Dialogues, interpretation as political process*, Princeton University Press, Princeton, 1988. p. 209-215.
- Louis Hartz, *The liberal tradition in America, an interpretation of American political thought since the revolution*, New York, Harcourt, Brace, 1955.
- Thomas Hobbes, *Léviathan*, Paris, Édition Sirey, Philosophie Politique, 1971.
- <http://bioguide.congress.gov/scripts/biodisplay.pl?index=J000182>, consulté le 4 décembre 2007.

- Michael Ignatieff, *The lesser Evil, Political ethics in an age of terror*, Toronto, The Guilford Lectures, Penguin Canada. 2004.
- Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs II, Doctrine du Droit, Doctrine de la vertu*, Paris, GF Flammarion, Folio, 1994
- Philip B. Kurland et Ralph Lerner (éd.), *The Founder's Constitution, Volume four*, Chicago et Londres, The University of Chicago Press.
- Stéphane Leman-Langlois, « L'analyse de problèmes de sécurité et la conception de solution adaptées » dans Maurice Cusson et al. (éd), *Traité de sécurité intérieure*, Montréal, HMH, Cahier du Québec, Collection droit et criminologie, 2007.
- Francis Lieber, *Legal and Political Hermeneutics: Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics*, 3d. ed. St. Louis, F. H. Thomas, 1880 cité dans *Legal Hermeneutics, history, theory and practice*, éd. Gregory Leyh, Berkeley, University of California Press, 1992. Consulté le 14 décembre 2007 : <http://content.cdlib.org/xtf/view?docId=ft4779n9h2&brand=eschol>
- Willem de Lint et Sirpa Virta, *Security in ambiguity, toward a radical security politics*, Theoretical Criminology, vol. 8, n. 4. 2004.
- John Locke, *Le second traité du gouvernement*, Paris, Presse Universitaire de France, 1994.
- David J. Luban, « Eight fallacies about Liberty and Security » dans *Human Rights in the « War on Terror »*, ed. Richard A. Wilson, New York, Cambridge University Press, 2005.
- Donald S. Lutz, *Principle of Constitutional Design*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- Gerald C. MacCallum Jr, « Negative and Positive Freedom » dans *Freedom, A philosophical anthology*, ed Matthew H. Kramer, Ian Carter et Hillel Steiner, Singapour, BlackWell Publishing, 2007.
- James Madison, Alexander Hamilton, John Jay, *The federalist Papers*, Londres, Penguins Book, Penguins Classics. 1987.
- Charles H. McIlwain, *Constitution Ancient and Modern*, New York, Cornell University Book, Ithaca, 1947. consulté sur <http://www.constitution.org/cmt/mcilw/mcilw.htm> le 21/05/08
- Jean-Claude Monod, *Penser l'ennemi, affronter l'exception : réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, Paris, Édition de la découverte, 2006.
- Mark Neocleous, *Security, Liberty and the Myth of Balance : Toward a Critique of Security Politics*, Contemporary Political Theory, vol. 6, 2007. p. 146.
- Brian Orend, *The Morality of War*, Orchard Park, New York, Broadview Press, 2006.
- Brian Orend, *The morality of war*, Toronto, Broadview press, 2006.
- Philip Pettit, *Républicanisme, une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, NRF essais. 2004.
- Philip Pettit, *Freedom and the market*, New Orleans, 2005.
- Philip Pettit, *Republican Freedom and contestatory democratization*, dans Ian Shapiro et Casiano Hacker-Cordon (éd.), Cambridge, Cambridge university Press. 1999.
- Philip Pettit., *Freesom as antipower*. Ethics, vol. 106, n. 3, 1996. p. 578.
- J. G. A. Pocock, *The Machiavelian Moment, Florentine Republican Thought and the Atlantic Republican tradition*, Princeton, Princeton University Press, 2003.
- Jack R. Pole, *Political representation in england and the origin of the american republic*, Toronto, MacMillan, 1966.
- Eric A. Posner et Adrian Vermeule, *Terror in the Balance, security, liberty, and the courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Richard A. Posner, *Economics, Politics and the reading of statutes and the Constitution*, The University of Chicago Law Review, Vol. 49, n. 2, 1982.

- Richard A. Posner, *Feature : an economic perspective on Basic right, the cost of enforcing rights*, East European Constitutional Review, été 1997.
- Richard A. Posner, *Law and economic is Moral*, Valparaiso University Law Review, Vol. 24. Hiver 1990.
- Richard A. Posner, *Not a suicide pact, the constitution in a time of national emergency*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Richard A. Posner, *The Constitution as an economic document*, George Washington Law Review, vol. 56, n. 1, 1987.
- John Rawls, *Théorie de la justice*, Éditions du Seuil, 1997.
- John Phillip Reid, *The concept of liberty in the age of the american revolution* Chicago et Londres, The university Press of Chicago, 1988.
- Michael Rosenfeld, *Just Interpretation, Law between Ethics and politics*, Berkeley, The University of California Press, 1998.
- Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, Paris, GF Flammarion, 1992.
- François Saint-Bonnet, *L'État d'exception*, Paris, Presse Universitaire de France, L'éviathan, 2001.
- Carl Schmitt, *La dictature*, Paris, Édition du Seuil, 2000.
- Frederick A. O. Schwarz, Jr. and Aziz Z. Huq. *Unchecked and unbalanced : presidential power in a time of terror*. New York, New Press, Brennan Center for Justice, 2007.
- Quentin Skinner, *La liberté avant le libéralisme*, Paris, Édition du Seuil, 2000.
- Stanford Encyclopedia of Philosophy: Terrorism*.
- Geoffrey R. Stone, *War and Liberty, An American Dilemma : 1790 to the present*, New-York et Londres, W. W. Norton & Company, 2007.
- Herbert J. Storing et Murray Dry (éd.), *The complete anti-federalist vol. 1*, Chicago, Chicago University Press, 1981.
- Gerald Stourzh, « Constitution : Changing meaning of the term from the early Seventeenth to the late eighteenth century », dans Terence Ball et J. G. A. Pocock (éd.), *Conceptual change and the Constitution*, Lawrence, University Press of Kansas, 1988.
- Cass R. Sunstein, « *Interst group in American Public Law* », Stanford Law Review, vol. 38, n. 1, 1985. p. 29-87.
- Cass R. Sunstein, « *Minimalism at War* », Public Law and Legal Theory Working Paper n. 80, 2004.
- Brian Tierney, *Religion, Law, and the growth of constitutional thought, 1150-1650*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.
- François Tricaud, « Les lois de nature, pivot du système », dans Yves-Charles Zarka et Jean Bernhardt, *Thomas Hobbes, Philosophie première, théorie de la science, Politique*, Paris, Presse Universitaire de France, L'éviathan, 1990.
- James Tully, *An approach to political philosophy : Locke in context*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.
- United States Constitution*, 17 septembre 1787.
- Jeremy Waldron, *Security and Liberty: the image of balance*, The journal of political philosophy, vol. 11, n. 2, 2003 p. 191-210.
- Jeremy Waldron, *Torture and positive Law : Jurisprudence for the White House*, Columbia law review, vol. 105, n. 6, 2005. p. 1681-1750.
- Michael Walzer, *Guerre justes et injustes : argumentation morale avec exemples historiques*, Paris, Belin 1999.
- Abbot C. Wilbur, *The War and the american democracy*, The Yale Law Review, vol. 5, 1914-1915. P. 484-502.
- Gordon S. Wood, *La création de la république américaine, 1776-1787*, Paris, Belin, 1991.

